
VE
RI
TAS



Schweizer Blätter

für

Handelsrechtliche Entscheidungen.

VII. Band.

Jahrgang 1888.



ZÜRICH.
Verlag von Orell Füssli & Comp.
Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.
1888.

Switzerland. Reports

Inhaltsverzeichniss

vom Jahrgang 1888.



15. Januar 1888. VII. Band. № 1.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil
des
Handelsgerichtes Zürich
vom 18. November 1887,
in Sachen
des *J. Bloch*, Agenturgeschäft in Zürich, Kläger
gegen
Louis Dreifuss in Zürich, Beklagten.

Forderung aus Commission (Art. 439 und folgd. des O.-R.) Einrede des Comittenten, daß sich die vom Commissionär vermittelten Kaufgeschäfte als unklagbare Differenzgeschäfte darstellen (Art. 512 des O.-R.)

Streitfrage;

Ist der Beklagte verpflichtet, dem Kläger als Rechnungssaldo aus diversen Kaufgeschäften 1081 Fr. 65 sammt Zins à 6 % seit 31 Juli 1887 zu bezahlen?

Thatsächliches:

A. Der Beklagte, welcher auf hiesigem Platze ein Herrenconfektionsgeschäft betreibt, ertheilte dem Kläger, Vertreter des Commissionshauses Thalmann frères & Cie. in Paris Anfangs November 1886 den Auftrag, auf seine Rechnung, aber auf den Namen des Klägers durch diese Firma 400 Säcke Zucker, Type Nr. 3 per 4 Monate ab Mai 1887 (d. h. je 100 Säcke auf die Monate Mai, Juni, Juli und August) zum Preise von 34 Fr. 37 per 100 Kilo oder per Sack nach Pariserconditionen einzukaufen. Der Kläger meldete mit Brief vom 9. November 1886 die Ausführung dieses Auftrages.

Am 9. Dezember 1886 gab der Beklagte eine weitere Einkaufsordre über 400 Sack Zucker per 4 Monate ab Mai zum Preise von 36 Fr., deren Ausführung ihm noch gleichen Tages gemeldet wurde.

Für beide Geschäfte leistete der Beklagte dem Kläger zwei Vorschüsse im Betrage von 1500 Fr. mit der Verpflichtung zu weiterer Nachzahlung bei allfälligem Preisrückgang.

B. Am 30. April 1887 schrieb der Kläger dem Beklagten, man erwarte für die Monate Juli und August im Artikel Zucker allgemein eine Besserung, sodaß es nicht ungünstig wäre, die vom Beklagten gekauften 200 Sack per Mai, welche täglich angekündigt werden können, auf Juli-August zn reportiren, er erwarte daher Bericht, ob der Beklagte damit einverstanden sei oder ob er die Maiwaare liquidirt haben wolle. Mit Brief vom 4. Mai erfolgte Seitens des Klägers die Anzeige, daß Thalmann frères & Cie. *zufolge*

Auftrages des Beklagten die 200 Sack Zucker Nr. 3 zu 32 Fr. 62, Pariser Conditionen verkauft und dagegen 200 Sack Zucker Nr. 3 per Juli und August à 33$^1/_4$ Fr., Pariser Conditionen gekauft haben. Am 11. Mai 1887 übermachte der Kläger dem Beklagten Abrechnung über die verkauften, Maipartien, welche einen Saldo von 614 Fr. 35 zu Lasten des Beklagten ergab und ersuchte ihn mit Brief vom 1. Juni um Einsendung von fernern 700 Fr., da sich das Depôt auf 885 Fr. 65 reducirt habe; gleichzeitig erbat er sich vom Beklagten Instruktionen über die 200 Säcke Zucker per Juni, beifügend, er glaube, ihm rathen zu dürfen, diesen Monat zu liquidiren.

Der Beklagte behauptet, er sei schon am 28. Mai zum Kläger gegangen und habe ihm eröffnet, er sei Willens, die *ganze* Position zu liquidiren. Letzterer habe ihn eingeladen, am Dienstag den 31. Mai wieder vorzusprechen, da er bis dahin eine Festofferte erhalten werde; am Vormittag des 31. Mai habe er dann zwei Mal den vergeblichen Versuch gemacht, den Kläger zu sprechen, das erste Mal sei er nicht vorgelassen worden, da der Kläger angeblich Besuch von einem Havareser Geschäftsfreunde gehabt habe, das zweite Mal habe er den Kläger nicht zu Hause angetroffen, obschon dieser ihm habe sagen lassen, er solle um halb 11 Uhr wieder kommen.

Der Beklagte beantwortete den Brief vom 1. Juni wie folgt: „Sie haben mich nie in die Lage kommen lassen, selbst Verfügungen zu treffen. Mit Ausnahme der ersten 400 Säcke, die ich zu kaufen Ordre gegeben habe, ist Alles einseitig von Ihnen aus geschehen. Ich war Dienstag abredegemäß bei Ihnen zur Erledigung. Sie haben mir keine Gelegenheit hiezu gegeben. Heute entschlage ich mich vorläufig der Verantwortlichkeit und überlasse es Ihnen, mit der Position zu thun und zu lassen, was Sie für gut finden.“

Mit Brief vom 6. Juni wies der Kläger diese Vorwürfe zurück und forderte den Beklagten allen Ernstes auf, ihm Instruktionen über die 200 Sack Juni-Zucker zu ertheilen und das verlangte Ersatz-Depot umgehend einzusenden.

Am 8. Juni 1887 benachrichtigte der Kläger *unter Bezugnahme auf eine Besprechung vom selben Tage* den Beklagten, daß Thalmann frères & Cie. seinem (des Beklagten) Auftrag zufolge die angekündigten 200 Sack Zucker Nr. 3 per Juni zu 32$^3/_8$ Fr. verkauft haben und fügt bei:

„Im Fernern beauftragten Sie mich, Ihre von Thalmann frères & Cie. in Paris gekauften 600 Sack Zucker Nr. 3 per Juli und August bestmöglichst zu bekannten Pariser-Conditionen verkaufen zu lassen.

Tags darauf (9. Juni) stellte der Beklagte brieflich in Abrede, daß er Auftrag zum Verkauf der 200 Sack per Juni ertheilt habe, sagte dagegen in diesem Schreiben weiter: „Punkto des nicht verkauften Restes hatte ich Ihnen ebenfalls erklärt, daß ich nichts gegen den Verkauf einwenden werde, da ich für weitere Fluktuationen nicht hafte, wohl aber hätte derselbe bei Anlaß meines frühern Dortseins vorteilhafter liquidirt werden können. Im Resumé erkläre ich Ihnen, daß ich mich der Verantwortlichkeit für die ersten 400 Säcke bewußt bin, daß ich aber für die weitern 400 Säcke, welche Sie nachträglich aus Jdee für den Artikel für mich ohne Auftrag kauften *und die ich dann nachträglich auf die von Ihnen gemachten Zusicherungen und Erwähnungen hin sanctionirte*, eine Verbindlichkeit ablehne, indem die Bedingungen und Voraussetzungen, unter denen meine Sanctionirung geschah, sich nicht verwirklicht haben. Ebenso bestreite ich den gemachten Report.“

Gleichen Tages (9. Juni) zeigte der Kläger noch den Verkauf der 600 Sack Zucker per Juli und August zum Preise von 32 Fr. 87 an. Am 13. Juni wurde dem Beklagten Abrechnung ertheilt über die verkauften 200 Sack per Juni und am 11. Juli über die 600 Sack per Juli und August, erstere mit einem Saldo von 663 Fr. 90 und letztere mit einem solchen von 1303 Fr. 35 zu Lasten des Beklagten abschließend.

Mit Brief vom 10. August ersuchte der Kläger den Beklagten um Regulirung des ihm auf Grund einer mit dem 1. August abgeschlossenen Liquidationsrechnung zukommenden Saldos von 1081 Fr. 65. Am 23.

August wurde die Mahnung erneuert und da der Beklagte hierauf jede Schuldpflicht bestritt, machte der Kläger beim Handelsgericht über die Eingangs- genannte Streitfrage Klage anhängig.

C. Der Beklagte bestreitet die Klage sowohl principiell als auch im Qantitativ. Seine Einreden sind folgende:

1. Er sei durch betrügerische Vorspiegelungen zur Eingehung fraglicher Geschäfte veranlaßt worden, denn während ihm der Kläger vorgegeben habe, er habe günstige Speculationen gemacht und stehe in Folge dessen oekonomisch gut, habe es sich herausgestellt, daß derselbe thatsächlich insolvent sei. Wenn daher die Speculation statt zum Nachtheil zum Vortheil des Beklagten ausgefallen wäre, so hätte dieser bei Bloch, welcher als Selbstcontrahent zu betrachten sei, seine Befriedigung suchen müssen, aber seiner Insolvenz wegen nichts erhalten. Es werde zum Beweise verstellt, daß der Kläger sowohl Thalmann fréres & Cie. in Paris als dem hiessigen Bankhause J. G. Koerner aus Differenzgeschäften ganz bedeutende Summen schulde und daß Alles, was er verdiene, dem Hause Thalmann frères verschrieben sei, welches ihn jeden Augenblick in Konkurs bringen könne. Darin, daß ein ganz insolventer Mann derartige Engagements eingehe, liege eine betrügliche Handlung.

2. In zweiter Linie beruft sich der Beklagte auf die Unklagbarkeit des Differenzgeschäftes. Vor allem sei zu betonen, daß der Beklagte nicht Kolonialwaarenhändler, sondern Inhaber eines Confektionsgeschäftes sei, somit für Zucker keine Verwendung habe und daß dies dem Kläger genau bekannt gewesen sei. Dieser habe auch gewußt, daß der Beklagte niemals für den Kaufpreis, sondern höchstens für eine allfällige Preisdifferenz aufkommen könne, habe es ihn doch Mühe gekostet, nur das Depot von 1500 Fr. zu leisten. Im Brief vom 30. April sei von Reportieren die Rede, was das Börsenspiel beweise. Niemals habe man an effektive Lieferung und Zahlung des Kaufpreises gedacht. Ein die Klage abweisendes Urtheil würde auch vollständig im Einklang stehen mit einem Entscheide des Bundesgerichtes vom 1. Mai 1886 (Entscheidungen des Bundesgerichtes Bd. XII. pag. 376.)

In quantitativer Beziehung werden gegenüber der Klage folgende Einwendungen erhoben:

1. Dadurch, daß der Kläger dem Beklagten, welcher Ende Mai gewillt gewesen sei, zu liquidiren, am 28. und 31. Mai d. J. keine Gelegenheit gegeben habe, sich mit ihm zu besprechen, wofür Beweis anerboten werde, habe er ihm die Möglichkeit benommen, zu $32^7/_8$ Fr. zu verkaufen. Später habe zu niedrigern Preisen liquidirt werden müssen und so sei dem Beklagten ein Schaden von 100 Fr. entstanden. Dafür, daß der Kurs Ende Mai so gestanden sei, wie behauptet, werde auf den Börsenbericht der Neuen Zürcherzeitung vom 31. Mai 1887 abgestellt. Es falle daher eventuell der Betrag von 100 Fr. von der Klageforderung in Abzug.

2. Wenn der Kläger den Report vom 4. Mai, zu welchem er nicht autorisirt gewesen sei, nicht ausgeführt hätte, so wäre für den Beklagten ein Minderverlust von 207 Fr. eingetreten. Es seien damals 200 Sack Zucker angekauft worden zu $33^1/_4$, welche nachher haben verkauft werden müssen zu $32^7/_8$; es ergebe sich somit eine Preisdifferenz von 74 Fr. 80 plus 132 Fr. 20 Courtage, auf welche der Kläger aus dem gleichen Grunde keinen Anspruch habe. Die klägeriche Forderung reduzire sich daher eventuell um weitere 207 Fr. Eventuell werde hier bestritten, daß dem Kläger eine Provision oder Courtage von 2 % zukomme; nach den Pariser Conditionen könne nur 1 % berechnet werden, was zum Beweis verstellt werde.

3. Es werde bestritten, daß der Kläger die 400 Sack Zucker vom 9. Dezember zu 36 Fr. eingekauft habe. Der Kurs habe, wie aus dem Börsenbericht der „N. Z. Z." vom 10. Dezember 1886 hervorgehe, nur 35 Fr. 50 betragen. Es werde Edition der klägerischen Bücher bezw. Vorlegung der Schlußzeddel verlangt.

4. Während der Zeit, da die vom Beklagten am 9. November und 9. Dezember 1886 geleisteten Depôts von zusammen 1500 Fr. von den Operationen nicht in Anspruch genommen worden seien, habe der

Kläger gemäß bestehender Uebung $3^1/_2$ % Zins zu vergüten. Es mache das einen Betrag von 36 Fr. 65 aus, welcher zur Compensation verstellt werde.

Entscheidungsgründe:

1. Der Kläger fordert Ersatz der in Ausführung der Einkaufs- und Verkaufsaufträge des Beklagten gemachten Aufwendungen nebst der ihm aus diesen Geschäften zukommenden Provision. In der Referentenaudienz ist die Aktivlegitimation des Klägers in Zweifel gezogen und behauptet worden, forderungsberechtigt seien eventuell Thalmann frères & Cie., als deren Vertreter der Kläger gehandelt habe. Heute hat jedoch der Vertreter des Beklagten ausdrücklich dahin plädirt, Bloch sei als Selbstkontrahent im Sinne des Art. 444 des O.-R. zu betrachten. Damit fällt die Frage, ob der Kläger seinerseits seinen Verbindlichkeiten gegenüber Thalmann frères & Cie. nachgekommen sei, hier außer Erörterung.

2. Der Beklagte stellt den Einkaufsauftrag vom 9. November 1886 nicht in Abrede, ebenso wenig die nachträgliche Ratihabition des Einkaufs der 400 Sack Zucker am 9. Dezember 1886. Dagegen will er zu dem Reportgeschäft, welches der Kläger laut Brief vom 4. Mai d. J. vornahm, keinen Auftrag ertheilt und dasselbe auch nie genehmigt haben. Ferner stellt er auch sein Einverständniß mit der Art und Weise der Liquidation in Abrede, indem er behauptet, daß er dieselbe in einem günstigern Zeitpunkte, nämlich Ende Mai habe vornehmen wollen. Da jedoch der Beklagte hieraus selbst nur die Pflicht des Klägers zum Ersatz des aus seinem Verhalten entstandenen Schadens herleitet, so ist einstweilen auf die Würdigung dieser thatsächlichen Vorbringen nicht einzutreten, sondern zunächst zu untersuchen, ob — die Darstellung des Klägers als richtig vorausgesetzt — dessen Forderungsanspruch begründet ist, oder ob denselben beseitigende, grundsätzliche Einreden dem Beklagten zu Gebote stehen.

3. Der Beklagte stellt der Klage in erster Linie die Einrede des Betruges entgegen, gestützt auf die Behauptung, daß er durch die unwahren Vorgaben des Klägers über dessen Vermögensverhältnisse veranlaßt worden sei, mit demselben in Verkehr zu treten. Während nämlich der Kläger sich als gut situirter Mann vorgestellt habe, der günstige Spekulationen gemacht, habe sich herausgestellt, daß er insolvent sei, so daß der Beklagte, falls die Spekulationen zu seinen Gunsten ausgefallen wären, niemals Befriedigung für seine Ansprüche gefunden hätte. Nun sind aber die angeblich betrügerischen Vorgaben nicht derart, daß der Richter die Ueberzeugung schöpfen könnte, es seien dieselben auf die Entschließungen des Beklagten von Einfluß gewesen. Es liegt vielmehr nach der eigenen Darstellung des Beklagten nichts weiter vor, als daß der Kläger durch prahlerisches Rühmen seiner bisherigen Erfolge mit Spekulationen und seines daherigen Wohlstandes den Beklagten zu gleichen Unternehmungen animirt habe. Derartigen Aeußerungen pflegt aber wenig Gewicht beigelegt zu werden. Es kommt hinzu, daß die ganze Darstellung klägerischerseits in Widerspruch gesetzt wird und nicht zum Beweis verstellt worden ist. Der Beklagte hat nämlich nicht für die angeblich betrügerischen Vorspiegelungen, sondern nur dafür Beweis offerirt, daß Bloch der Firma Thalmann frères & Cie. und einem hiesigen Bankhause ganz bedeutende Summen schulde.

4. In zweiter Linie bestreitet der Beklagte die Schuldpflicht mit der Einrede des nicht klagbaren Differenzgeschäftes, gestützt auf Art. 512 des O.-R., wonach aus Lieferungs- und Differenzgeschäften über Waaren und Börsenpapiere, welche den Charakter eines Spiels oder einer Wette haben, keine Forderung entsteht. Als Kriterium solcher eigentlichen, nicht klagbaren Differenzgeschäfte ist in der zürcherischen Gerichtspraxis, wie sie sich auf Grund des § 1043 des P.-R. G.-B. herausgebildet hat, angesehen worden eine Vereinbarung des Inhalts, daß unter Ausschluß reeler Lieferung die bloße Kursdifferenz zwischen dem Preise zur Zeit des Vertragsabschlusses und dem Preise zur Zeit des Lieferungstermins Gegenstand des Vertrages sein solle. Zur Annahme eines Differenzgeschäftes mit dem Charakter eines Spiels genügt also nicht, daß bei einem auf Zeit

abgeschlossenen Kaufgeschäfte der eine oder andere Kontrahent vielleicht schon beim Kaufabschluß die Absicht hat, sich s. Zt. nicht liefern zu lassen bezw. nicht zu liefern, sondern es muß das Recht auf bezw. die Pflicht zur Lieferung vertragsmäßig ausgeschlossen sein. Vergleiche die eingehenden Ausführungen über den Begriff des Differenzgeschäftes im weitern und im engern Sinne im Urtheil der Appellationskammer des Obergerichtes vom 20. Februar 1886 in Sachen Forrer und Siebenmann ca. Grimm (abgedruckt in den Blättern für handelsrechtliche Entscheidungen Bd. V pag. 73 und folg.).

5. Daß das Schweiz. O.-R. die in dem citirten Urtheil in Anlehnung an die deutsche Rechtswissenschaft und Gerichtspraxis gemachte Unterscheidung zwischen sogenannten uneigentlichen Differenzgeschäften, welche klagbar sind, und den eigentlichen, nicht klagbaren Differenzgeschäften kennt, ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Art. 512, welcher ausdrücklich nur für „*solche* Lieferungs- und Differenzgeschäfte für Waaren und Börsenpapiere, welche den Charakter eines Spiels oder einer Wette haben,“ die Unklagbarkeit statuirt, sodann aber aus der Anmerkung 8 zu diesem Artikel im Commentar von Schneider und Fick, wonach gegenüber einer vom Nationalrath beantragten Zusatzbestimmung des Inhalts: „In den nach den Handelsgebräuchen abgeschlossenen Lieferungsgeschäften über Waaren oder Börsenpapiere kann die Einrede des Spiels nicht erhoben werden“ nur aus Opportunitätsrücksichten an der ursprünglichen Fassung des Entwurfes festgehalten wurde in der Meinung, daß das, was der nationalräthliche Beschluß anstrebe, in der Praxis der Gerichte sich von selbst Bahn brechen werde. Dies scheint denn auch zu geschehen, indem das Bundesgericht in dem vom Beklagten citirten, in der Basler Revue Bd. IV unter No. 84 mitgetheilten Entscheide vom 1. Mai 1886 sich folgendermaßen ausspricht:

„Die Vorschrift des Art. 512 des Obl.-R. „Abs. 2 hat nicht alle Zeitgeschäfte im Auge, „sondern nur diejenigen Operationen, welche „unter der Marke eines Zeitgeschäftes ein „Spiel verbergen. Dies ist dann der Fall, „wenn die Vertragsparteien bei Abschluß des „Vertrages auf unzweifelhafte Weise ihre „Absicht dahin manifestirt haben, daß sie „weder kaufen noch verkaufen, sondern die „Lieferung der Waare ausschließen und den „Vertrag lediglich durch Bezahlung der aus „der Verschiedenheit der Kurse zu Gunsten „des einen oder andern Theils sich ergeben- „den Differenzen erfüllen wollen.“

6. Daß eine ausdrückliche Vereinbarung dieses Inhaltes zwischen den Litiganten stattgefunden habe, behauptet der Beklagte, welchem selbstverständlich der Beweis für das Fundament seiner Einrede obliegt, selbst nicht, dagegen hat er eine Reihe von Indizien dafür angeführt, daß man sich stillschweigend in jenem Sinne geeinigt habe.

In erster Linie wird betont, daß der Beklagte nicht Colonialwaarenhändler, sondern Inhaber eines Confektionsgeschäftes sei und somit in der Zucker-Branche keine Kenntnisse besitze. Allein abgesehen davon, daß sich dieser Schluß nicht ohne Weiteres ziehen läßt, beweist der Umstand, daß der Beklagte von Beruf nicht Zuckerhändler ist, nur, daß *er* nicht an effektive Lieferung gedacht haben mag.

Als weiteres Indizium dafür, daß man es mit einem eigentlichen Differenzgeschäfte zu thun habe, wird angeführt, daß der Beklagte gar nie im Falle gewesen wäre, für den Kaufpreis der 1000 Sack Zucker aufzukommen. Dem gegenüber ist Folgendes zu erwiedern: Einmal bieten die Akten keinen genügenden Anhaltspunkt dafür, daß die fraglichen Geschäfte die ökonomischen Kräfte des Beklagten wirklich überstiegen haben. Sodann aber muß das Vermögen des Spekulanten nicht so groß sein, daß er die gekauften Waaren effectiv bezahlen kann, da ihm ja die Möglichkeit gegeben ist, die Waare in der Zwischenzeit bis zum Stichtage weiter zu verkaufen oder sich durch ein Report- oder Faustpfandgeschäft das zum Bezug erforderliche Geld zu beschaffen.

Wenn endlich gesagt wird, in der Correspondenz sei nirgends auch nur eine Andeutung von effectiver Lieferung gemacht, so erklärt sich das daraus, daß jeweilen wieder ein Käufer gefunden worden ist, welcher den

Beklagten der Pflicht, die Waare zu beziehen, enthob. Der Umstand, daß man dazu gelangte, die Maipartien auf Juli und August zn reportiren, läßt ebenfalls keinen Schluß auf die ursprüngliche Willensmeinung der Contrahenten beim Vertragsabschlusse zu; es war jene Operation eben in den damaligen Verumständungen, nämlich der Aussicht auf ein Steigen der Zuckerpreise begründet.

7. Da nach obigen Ausführungen keine hinreichenden Indizien für den dem Beklagten obliegenden Hauptbeweis vorhanden sind, welcher die Klage zu Falle bringen könnte, so bleibt nur noch übrig, auf die gegen das Quantitativ der Forderung erhobenen Einwendungen einzutreten. Dieselben sind jedoch sämmtlich zu verwerfen.

Was einmal die Schadenersatzforderung von Fr. 100 betrifft, welche aus den Vorgängen vom 28. und 31. Mai hergeleitet wird, so könnte dieselbe nur dann gutgeheißen werden, wenn eine Pflicht des Commissionärs, sich dem Committenten jeden Augenblick zu persönlichen Besprechungen zur Verfügung zu stellen, existiren würde; dies ist aber nicht der Fall. Es stand ja dem Beklagten, falls er den Kläger nicht zu Hause traf, offen, ihm schriftlich den Auftrag zu sofortiger Liquidation zu ertheilen und sich durch einen chargirten Brief den Beweis zu sichern. Statt dessen ließ der Beklagte der Sache einfach ihren Gang und hat nun die Folgen seiner Unterlassung an sich zu tragen.

Aus den Akten geht hervor und ist übrigens vom Beklagten zugegeben, daß er auf den Brief des Klägers vom 4. Mai, in welchem dieser von dem jetzt angefochtenen Reportgeschäft Anzeige machte, nicht geantwortet hat und ebenso wenig auf den Brief vom 11. Mai, in welchem ihm über diese Operation Abrechnung ertheilt wurde. Erst am 2. Juni machte er in einem Briefe dem Kläger zum Vorwurf, daß er eigenmächtig gehandelt habe. Ein so langes Stillschweigen ist namentlich im kaufmännischen Verkehr als Genehmigung auszulegen. Dem Beklagten steht auch das Recht nicht zu, die Abrechnung über das Reportgeschäft nachträglich anzufechten; es hätte vielmehr in seiner Pflicht gelegen, seine Ausstellungen sofort nach Erhalt der Abrechnung zu machen. Das Gericht sieht sich deshalb nicht veranlaßt, auf die eventuelle Bestreitung der Höhe der geforderten Provision einzutreten. Aus dem gleichen Grunde ist auch die Bemängelung der klägerischen Rechnungsaufstellung hinsichtlich des Ankaufspreises der am 9. Dezbr. 1886 gekauften 400 Sack Zucker als verspätet zurückzuweisen.

Was endlich die Verzinsung des sogenannten Depots von Fr. 1500 anbetrifft, so hat der Beklagte hiefür einen Rechtstitel nicht anzuführen vermocht und die Natur der Sache wie die Handelsübung sprechen dagegen, daß eine zur Sicherstellung geleistete Caution, über die der Empfänger zunächst keine Verfügungsfreiheit hat, verzinst werde; nur wenn der Kläger die Caution seinerseits zinstragend angelegt hätte, könnte er allenfalls gestützt auf die Annahme, daß dieß zu Gunsten des Cautionsstellers geschehen sei oder aus dem Titel der ungehörigen Bereicherung auch seinerseits zur Zinsvergütung angehalten werden, es ist aber eine bezügliche Behauptung gar nicht aufgestellt worden.

Schluss:

1. Der Beklagte ist schuldig, an den Kläger 1081 Fr. 65 sammt Zins à 6 % seit 31. Juli d. J. zu bezahlen.
2. Die Staatgebühr ist auf Fr. 80 festgesetzt.
3. Die Kosten sind dem Beklagten aufgelegt.
4. Derselbe hat dem Kläger eine Prozeßentschädigung von 80 Fr. zu bezahlen.
5. Mittheilung.

Nachwährschaftspflicht

des Cedenten einer Forderung (Art. 192 des O.-R.) Umfang derselben.

(Obergericht Zürich, Appellationskammer) 1. November 1887.

Der gewesene Gasthofwirth Isler zum Mühlerad in Zürich errichtete am 16. Dezbr. 1882 zu Gunsten seiner Ehefrau behufs weiterer Deckung ihrer bereits durch Weibergutsversicherungsbrief sichergestellten Weibergutsforderung von 10,000 Fr. noch eine frei-

willige Pfandverschreibung, in welcher bestimmt wurde, daß die 10,000 Fr. in fünf gleichen Jahresraten per 1. Dezember 1883 bis 1. Dezember 1887 zurückzuzahlen seien und das Pfandrecht bis zur gänzlichen Tilgung der Schuld bestehen solle. Im Jahre 1884 reichte Frau Isler gegen ihren Mann Scheidungsklage ein und es schlossen die Partheien dann im Scheidungsprozeß hinsichtlich der oekonomischen Verhältnisse einen Vergleich ab, in welchem bestimmt ist:

„Frau Isler fixirt ihre Weibergutsforderung auf 8000 Fr., welche ihr Isler binnen Jahresfrist zu zahlen hat, nämlich:

4000 Fr. nebst Zins à 5 % vom 1. Mai 1884 an *mit Martini 1884* und

4000 Fr. nebst Zins à 5 % vom 1. Mai 1884 an *mit Maitag 1885*.

Bis zur Zahlung dieser Eorderung haftet der Gläubigerin als Deckung:

1. Der Weibergutsversicherungsbrief per 10,000 Fr., und
2. Die im Gasthof zum Mühlerad befindliche, ihr verpfändete Fahrhabe, Hausrath, Schiff und Geschirr laut Inventar und *Pfandverschreibung*.

Das der Frau Isler als Pfand haftende Mobiliar darf ohne ihre Zustimmung nicht verkauft werden, dagegen verzichtet sie auf den Mehrbetrag ihrer Weibergutsforderung sowie auf die Eigenthumsansprache am Mobiliar, sodaß Isler mit Zahlung der 8000 Fr. seiner Schuldpflicht entledigt sein wird."

Am 8. Oktober 1884 wurde die Scheidung der Eheleute Isler durch zweitinstanzliches Urtheil rechtskräftig ausgesprochen und dabei bestimmt: „Bezüglich der ökonomischen Auseinandersetzung hat es bei der zwischen den Litiganten getroffenen Uebereinkunft sein Verbleiben."

Da weder mit Martini 1884 noch mit Maitag 1885 Zahlung geleistet wurde und Isler auch später nicht Miene machte, seinen Verpflichtungen nachzukommen, beauftragte Frau Hiestand geschiedene Isler den Rechtsagenten Kunz in Zürich mit dessen Betreibung. Nach einem Zeugniß des letztern leitete er den Rechtstrieb gegen Isler und zwar für die gesammten 8000 Fr. am 18. September 1885 ein, am 30. September wirkte der Betriebene Rechtsvorschlag aus, mit Verfügung des Audienzrichters vom 17. November 1885 erhielt aber Frau Hiestand Rechtsöffnung und am 27. gleichen Monats kam dann die Versilberungsbewilligung heraus (§ 86 des Schuldbetreibungsgesetzes). Am 1. Dezember 1885 verlangte die Gläubigerin Versilberung, ertheilte dann aber am 21. gl. Monats eine einstweilige Abstellung und später muß noch eine solche gegeben worden sein, denn das Fortsetzungsbegehren datirt erst vom 8. März 1886. Auf den 26. März 1886 wurde darauf die Versilberungsgant angesetzt, dann aber auf den 31. gl. Mts. verschoben. Indessen kam es auch an diesem Tage nicht zur Versteigerung, weil es dem Schuldner inzwischen gelungen war, den Leihkassaverwalter Schneebeli zum Erwerb der Forderung zu veranlaßen. Dieser kaufte der Frau Hiestand die Forderung von 8000 Fr. um den Preis von 2550 Fr. ab und stellte ihr am 1. April 1886 eine die Zahlungsbestimmungen festsetzende Bescheinigung aus. Der Rechtstrieb wurde gänzlich gestellt. Die von der Cedentin ausgestellte Abtretungsurkunde datirt erst vom 4. April 1886 und sagt, daß die Forderung mit allen Rechten abgetreten werde. Sowohl der Versicherungsbrief als die freiwillige Pfandverschreibung sind in derselben auch speziell als Schuldtitel genannt und dem Cessionaren unbestrittenermaßen übergeben worden. Am 12. November 1886 gerieth der Schuldner Isler in Konkurs und der Cessionar Schneebeli meldete in demselben an: „2550 Fr. nebst Zins à 5 % seit 30. September 1886 (dem Datum der Kaufpreiszahlung) laut Pfandverschreibung und Weibergutsversicherungsbrief, wofür die laut diesen Titeln bestehenden Pfandrechte beansprucht werden." Das Grundpfandrecht laut Weibergutsversicherungsbrief erwies sich als völlig werthlos, weil der auf der Konkursgant für das Pfandobjekt erzielte Erlös nicht einmal zur Deckung der Vorstände ausreichte. Das Mobiliarpfandrecht laut freiwilliger Pfandverschreibung aber wurde bestritten und wirklich von beiden Instanzen verworfen. Der zweitinstanzliche, vom 7. April 1887 datirte Entscheid (abge-

druckt im Bd. VI. Seite 170 dieser Blätter) stellt darauf ab:

1. Daß die in der Pfandverschreibung enthaltene Festsetzung der Zahlungstermine, weil eine Rückzahlung des Weibergutes während der Dauer der Ehe mit künftigem Ausschluß des Verwaltungsrechtes des Ehemannes am Vermögen seiner Frau, also eine Abänderung des ehelichen Güterrechtes enthaltend, Mangels gerichtlicher Genehmigung rechtliche Gültigkeit nie erlangt habe;

2. daß unter diesen Umständen als beim Inkrafttreten des Schw. O.-R. für die Weibergutsforderung vorgesehener Fälligkeitstermin der Auflösungstag der Ehe (8. Oktober 1884) erscheine, dieser aber für die Frage der Fortdauer des Pfandrechtes nach Art. 885 des O.-R. einzig maßgebend sei und nicht ein später festgesetzter, weiter hinausgeschobener Termin;

3. daß hienach das Pfandrecht laut dem citirten Art. 885 des O.-R. mit dem Ablauf von 6 Monaten seit dem 8. Oktober 1884, also am 8. April 1885 erloschen sei.

Die Verwerfung dieses Pfandrechtes hatte zur Folge, daß der Cessionar Schneebeli im Konkurse Isler gar nichts erhielt. Nun wandte er sich aber an seine Cedentin, die Frau Hiestand geschiedene Isler mit dem Begehren um Rückzahlung des für die abgetretene Forderung empfangenen Kaufpreises von 2550 Fr., begegnete indessen einer entschiedenen Weigerung und sah sich deßhalb veranlaßt, die genannte Summe einzuklagen. Der Anspruch wurde darauf gestützt, daß die Beklagte gemäß Art. 192 des O.-R. als Cedentin für den rechtlichen Bestand des Mobiliarpfandrechtes zur Zeit der Abtretung einstehen müsse und demnach verpflichtet sei, dem Kläger denjenigen Schaden zu ersetzen, welcher ihm aus der nachgewiesenen Nichtexistenz des Pfandrechtes im genannten Zeitpunkt entstanden sei, welcher Schaden dem bezahlten Kaufpreis gleichkomme. Die Beklagte bestritt die Klage auf Grund folgender Einwendungen:

1. Hafte der Cedent einer Forderung nur für den Bestand dieser zur Zeit der Abtretung, nicht aber auch für den Bestand von Nebenrechten.

2. Habe das Pfandrecht zur Zeit der Abtretung noch bestanden, weil die Fälligkeitstermine der Pfandverschreibung durchaus gültig gewesen seien, eventuell diejenigen der gütlichen Uebereinkunft im Scheidungsprozeß in Betracht kommen und dannzumal eine allfällige Verjährung auf Grund des Art. 885 des O.-R. durch den eingeleiteten Rechtstrieb unterbrochen worden sei. — Die Konkurserkenntnisse seien für sie nicht maßgebend, weil ihr nicht Streit verkündet worden sei.

3. Die Nachwährschaftsklage sei auch deßwegen ausgeschlossen, weil der Pfandschuldner selbst das Pfandrecht nie bestritten hätte, woraus folge, daß dasselbe vor dem Konkursausbruch mit Erfolg hätte realisirt werden können und somit der Kläger, wenn er diese Realisirung nicht rechtzeitig eingeleitet, den Schaden selbst verschuldet habe.

4. Der Kläger habe ihr vom Konkursausbruch über den Pfandschuldner keine Anzeige gemacht und müsse auch deßwegen abgewiesen werden, ferner falle ihm zur Last, daß er seine Rechte bezüglich des Grundpfandrechtes nicht gehörig gewahrt, auf der Konkursgant nicht geboten habe etc., — und endlich

5. müsse die Klage jedenfalls aus dem Grunde fallen, weil Kläger alle für die Frage der Gültigkeit des Pfandrechtes im Zeitpunkte der Abtretung maßgebenden thatsächlichen Verhältnisse ganz genau gekannt habe.

Beide Instanzen wiesen die Klage ab, die Appellationskammer des Obergerichtes

aus folgenden Gründen:

1. Der Klaganspruch stellt sich als ein Nachwährschaftsanspruch des Erwerbers einer Forderung gegenüber der Cedentin dar. Derselbe wird indeß nicht auf die Behauptung gestützt, daß die abgetretene Forderung selbst nicht bestanden habe, sondern darauf, daß ein dem Kläger mit dieser übertragenes Mobiliarpfandrecht laut freiwilliger Pfandverschreibung zur Zeit der Abtretung bereits untergegangen gewesen sei und es muß nun zunächst entgegen der heutigen Bestreitung der Beklagten anerkannt werden, daß der Cedent einer Forderung im Allgemeinen nicht nur für den Bestand dieser zur Zeit der Ab-

tretung, sondern auch für den Bestand der damit verbundenen und nach Art. 190 des O.-R. ipso jure mit ihr übergehenden Vorzugs- und Nebenrechte im genannten Zeitpunkt einzustehen hat. Es brauchte dieser Satz in dem Art. 192 des O.-R., der die Haftpflicht des Cedenten für den Bestand der Forderung zur Zeit der Abtretung festsetzt, nicht ausdrücklich ausgesprochen zu werden, weil er sich einfach als nothwendige Konsequenz des allgemein und auch im Obligationenrecht anerkannten Grundsatzes darstellt, daß wie alle Nebensachen dem Schicksal der Hauptsache folgen, so auch die accessorischen Rechte das Schicksal des prinzipalen Rechtes theilen, denn daraus folgt gewiß, daß die Haftpflicht für den Bestand des letztern auch zugleich die Haftpflicht für den Bestand der erstern in sich schließt, soweit dieselben bei der Abtretung überhaupt als bestehend angesehen worden sind. Dieß gilt in concreto um so mehr, als in der Abtretung vom 4. April 1886 des Pfandrechtes laut Pfandverschreiverschreibung ausdrücklich Erwähnung geschieht und gesagt ist, es werde die Forderung *mit allen Rechten* abgetreten (vergleiche auch Hafner, Commentar zum O.-R., Art. 192 Anmerkung 2).

2. Hienach und da es sich unbestrittenermaßen um eine entgeldliche Abtretung handelt, ist das Bezirksgericht mit Recht auf die Frage eingetreten, ob das fragliche Pfandrecht zur Zeit der Abtretung noch zu Recht bestanden habe oder nicht, es hat dieselbe aber auch mit Recht verneint. Der Nichtbestand des Pfandrechtes gegenüber dem Pfandschuldner Isler zur Zeit der Abtretung ist durch die im Konkurse des letztern ergangenen Erkenntnisse festgestellt und da das der Abtretung zu Grunde liegende Rechtsgeschäft ein Kauf ist, so sind für die Frage, ob diese Feststellung auch der heutigen Beklagten gegenüber Geltung habe, die Art. 238 und 239 des O.-R. maßgebend. Nun ist der Letztern im Konkursprozeß allerdings nicht Streit verkündet worden, allein nach Art. 239 des O.-R. hat dieser Umstand die Nichtgeltung der in diesem Prozeß ergangenen Erkenntnisse für sie nur dann zur Folge, wenn sie zu zeigen in der Lage ist, daß bei rechtzeitig erfolgter Streitverkündung ein günstigeres Ergebniß jenes Prozesses zu erwarten gewesen wäre. Dieß hat die Beklagte nun allerdings heute versucht, jedoch ohne Erfolg, weil das Gericht durchaus die Ansicht vertreten muß, daß wenn auch Alles, was zur Begründung des Standpunktes, daß das Pfandrecht zur Zeit der Abtretung der Forderung an den Kläger noch zu Recht bestanden habe, heute neu angeführt wurde, schon im Konkursprozeß bekannt gewesen wäre, der Ausgang des Konkursprozesses kein anderer hätte sein können. Es muß daran festgehalten werden, daß die in der Pfandverschreibung enthaltene Festsetzung von 5 verschiedenen Zahlungsterminen rechtliche Gültigkeit nie erlangt hat, weil darin die Verpflichtung des Ehemannes Isler enthalten ist, das empfangene Weibergut an den betreffenden Terminen unbedingt, also auch während der Dauer der Ehe in der Meinung zurückzuzahlen, daß dasselbe seiner fernern Verwaltung entzogenes Sondergut der Frau bilden soll und weil darin eine Abänderung des ehelichen Güterrechtes erblickt werden muß, die ohne gerichtliche Genehmigung nie wirksam werden konnte. Man könnte zwar daran denken, die rechtliche Wirksamkeit jener Zahlungstermine nur soweit zu negiren, als dieselben vor die Zeit der Scheidung fallen, für später dagegen anzuerkennen, allein es leuchtet gewiß auf den ersten Blick ein, daß eine solche Trennung, weil dem Willen der Contrahenten nicht entsprechend, nicht zulässig wäre. Wenn die Beklagte heute hat vortragen lassen, daß es sich auch bei Festsetzung jener Zahlungstermine nur um Sicherstellung des Weibergutes gehandelt habe und daß aus diesem Grunde von einer Anfechtung derselben keine Rede seine könne, so ist das augenscheinlich nicht richtig. Die Sicherstellung des Weibergutes lag in der Bestellung des Pfandrechtes, nicht aber in der Festsetzung der Zahlungstermine, denn es mangeln alle Anhaltspunkts dafür, daß es dabei die Meinung hatte, es solle das zurückbezahlte Weibergut lediglich zur Sicherung der Frau an einem dritten Orte deponirt werden, weil Isler nicht im Stande sei, genügende Sicherheit auf anderweitige Art zu leisten,

namentlich Pfandverschreibung und Versicherungsbrief keine solche bilden.

3. Aus dem Satze, daß die in der Pfandverschreibung enthaltenen Zahlungsbestimmungen rechtliche Gültigkeit nicht erlangt haben, ergibt sich sofort der weitere Schluß, daß für die Frage der Fortdauer des Pfandrechtes nach Art. 885 des O.-R. derjenige andere Fälligkeitstermin der Weibergutsforderung maßgebend ist, welcher zur Zeit der Inkrafttretung des Obligationenrechtes als solcher gelten mußte und dieß ist der Zeitpunkt der Scheidung, weil das Recht der Frau, ihr Weibergut herauszuverlangen, in allen Fällen, in denen die Geltendmachung desselben nicht in gültiger Weise auf später hinausgeschoben wurde, mit diesem Zeitpunkt wirksam wird. Eine vertragliche Hinausschiebung des zur Zeit des Inkrafttretens des Obligationenrechtes für eine Forderung bestehenden Fälligkeitstermines mit der Wirkung, daß damit auch die Gültigkeitsdauer des ohne Besitzessübertragung begründeten freiwilligen Pfandrechtes hinausgeschoben werde, ist selbstredend ungültig, weil der Art. 885 des O.-R. den Fortbestand solcher Pfandrechte nur für ein halbes Jahr *vom Zeitpunkt des bei seinem Inkrafttreten geltenden Fälligkeitstermines* an garantiren wollte, also deren Untergang von diesem Momente an positiv und zwingend vorschreibt und diese Bestimmung nicht praktisch werden könnte, wenn es dem Belieben der Contrahenten anheimgestellt bliebe, neue Zahlungstermine mit der Wirkung zu vereinbaren, daß die 6-monatliche Frist des Art. 885 jeweilen von den letztern angerechnet werde. Für die Frage der Fortdauer des Pfandrechtes ist deßhalb die im Scheidungsprozeß der Eheleute Isler von diesen getroffene Vereinbarung, daß die auf 8000 Fr. reduzirte Weibergutsforderung zur Hälfte erst mit dem 11. November 1884 und zur Hälfte am 1. Mai 1885 fällig werden soll, ohne alle rechtliche Bedeutung, denn sie enthält eine Hinausschiebung des beim Inkrafttreten des Obligationenrechtes zu Recht bestandenen Fälligkeitstermines, des Zeitpunktes der Scheidung, welcher mit dem 8. Oktober 1884 eingetreten ist. Ist nun aber dieser Zeitpunkt maßgebend, so ist das Pfandrecht nach dem mehrcitirten Art. 885 am 8. April 1885 erloschen, sofern bis dahin mit der Realisirung desselben nicht begonnen und diese ohne Verzug durchgeführt wurde, diese Voraussetzung einer Unterbrechung der Verjährung aber liegt unbestrittenermaßen nicht vor, weßhalb die letztere am 8. April wirklich eingetreten ist. Da aber die Abtretung von Forderung und Pfandrecht an den Kläger erst am 4. April 1886 stattgefunden hat, so ergibt sich daraus, daß das letztere in diesem entscheidenden Moment rechtlich nicht mehr existent war.

4. Zum gleichen Resultat gelangt man aber auch dann, wenn supponirt wird, die Fälligkeitstermine der Pfandverschreibung seien gültig gewesen. In diesem Falle sind nämlich diese durch die Vereinbarung der Eheleute Jsler im Scheidungsprozeß auch bezüglich der Fortdauer des Pfandrechtes durchaus gültig abgeändert worden, weil diese Abänderung im Sinne eines frühern Eintrittes der Fälligkeit stattfand, als in der Pfandverschreibung vorgesehen und das natürlich zulässig war, daß man denjenigen Fälligkeitstermin, welcher beim Inkrafttreten des Obligationenrechtes bestund, auf eine frühere Zeit zurückversetzte. Die Fälligkeit darf aus bereits angegebenen Gründen nur nicht hinausgeschoben werden. Davon ausgegangen, ergibt sich nun aber, daß in diesem Falle die eine Hälfte der Forderung mit 4000 Fr. am 11. November 1884 fällig wurde und das Pfandrecht für diesen Betrag somit am 11. Mai 1885 erloschen ist, weil unbestrittenermaßen eine Realisirung desselben bis dahin nicht versucht wurde. Die zweite Hälfte von ebenfalls 4000 Frkn. wurde mit dem 1. Mai 1885 fällig und es ist somit die 6 monatliche Frist des Art. 885 bezüglich dieser am 1. November 1885 abgelaufen. Dieser Fristablauf hat den Untergang des Pfandrechtes auch für diesen Betrag nach sich gezogen, sofern die Realisirung desselben bis dahin nicht begonnen und ohne Verzug durchgeführt wurde. Unterstellt nun auch, die im Briefe des Rechtsagenten Kunz angegebenen Betreibungsdaten seien richtig, so ergibt sich daraus zwar wohl, daß die Realisirung des Pfandrechtes vor dem 1. November 1885 begonnen, aber auch, daß

sie nicht ohne Verzug durchgeführt wurde. Die Durchführung ohne Verzug kann vielmehr nur bis zum 21. Dezember 1885 anerkannt werden. An diesem Tage aber wurde von der Beklagten eine einstweilige Abstellung ertheilt und es muß, da das Fortsetzungsbegehren erst vom 8. März 1886 datirt und vom Betreibungsbeamten dennoch berücksichtigt wurde, noch eine zweite einstweilige Abstellung gegeben worden sein, das war nun aber nicht zuläßig. Denn wenn der Schlußsatz des Art. 885 des O.-R. vorschreibt, daß die begonnene Realisirung des Pfandrechtes ohne Verzug durchgeführt werden müsse, so kann das nicht Anders als dahin verstanden werden, daß die Durchführung so rasch zu geschehen habe, als dieß nach den betreffenden kantonalen Executionsvorschriften möglich sei und bei dieser Auslegung dürfen einstweilige Abstellungen nicht ertheilt werden. Die Realisirung des Pfandrechtes ohne Verzug durchführen, heißt nicht, dieselbe mit Inanspruchnahme aller durch das kantonale Recht gegebenen Verzögerungen, sondern ohne diese durchführen, so schnell als es dieses Recht ermöglicht (siehe darüber auch Hafner, Commentar zu Art. 885, Anmerkung 6). Ist aber die Realisirung des Pfandrechtes hienach nicht ohne Verzug durchgeführt worden, so ist keine Unterbrechung der 6 monatlichen Verjährungsfrist eingetreten und somit das Pfandrecht bezüglich der zweiten 4000 Fr. schon am 1. November 1885 erloschen.

5. Hienach steht auch in einer für die Beklagte verbindlichen Weise fest, daß das Pfandrecht laut freiwilliger Pfandverschreibung zur Zeit der Abtretung nicht mehr rechtlich existent war. Die letztere macht nun aber geltend, daß die Klage trotzdem deßwegen verworfen werden müsse, weil der Kläger, wenn er das Pfandrecht nach erfolgter Abtretung bis zu dem erst 7 Monate später erfolgten Konkursausbruch über den Pfandschuldner geltend gemacht, d. h. dessen Realisirung vor dem Konkursausbruch begonnen und durchgeführt hätte, den Werth desselben gleichwohl empfangen haben würde, weil Isler dessen Gültigkeit nicht in Zweifel gezogen hätte. Nun mag so viel zugegeben werden, daß wenn der Rechtstrieb anläßlich der Abtretung nicht gestellt worden wäre, was unzweifelhaft mit Wissen und Willen des Klägers, ja sogar auf sein Verlangen hin geschehen ist, der letztere vielmehr sofort den Vollzug der Versilberung verlangt hätte, er wohl in den Besitz des Pfanderlöses gekommen wäre. Allein dieser Umstand ist dennoch nicht geeignet, den Causalzusammenhang zwischen der rechtlichen Nichtexistenz des Pfandrechtes zur Zeit der Abtretung und der Ungültigerklärung desselben im Konkurs Isler, woraus der Schaden entstanden ist, aufzuheben. Das wäre vielmehr nur dann der Fall, wenn Kläger eine Rechtspflicht zur Durchführung der damals pendenten Betreibung durch Versilberung gehabt und diese verletzt hätte, ihm also bezüglich des Nichterwerbes des Werthes der Pfandobjekte ein rechtlich relevantes Verschulden zur Last fiele, welches als eigentliche und selbständige Ursache des Schadens angesehen werden dürfte. Davon ist aber keine Rede. Wenn Kläger das rechtlich nicht mehr existente Pfandrecht nicht geltend machte, so hat er sicherlich keine Pflicht verletzt, sondern ganz richtig gehandelt, das rechtlich begründete Einspruchsrecht des Pfandschuldners mit Grund respektirt und übrigens war ja die Klägerin mit der damaligen Sistirung der Betreibung einverstanden. Ebenso wenig hat Kläger dadurch etwas verschuldet, daß er das Pfandrecht später vor dem Konkursausbruche nicht geltend machte. Das Entscheidende ist, daß die nachträgliche Ungültigerklärung des Pfandrechtes die Folge seiner Nichtexistenz zur Zeit der Abtretung und nicht etwa die Folge seiner Nichtgeltendmachung seit der Abtretung war. Zudem ist keineswegs festgestellt, daß Isler, wenn er vom Kläger betrieben worden wäre, die Ungültigkeit des Pfandrechtes nicht doch geltend gemacht haben würde.

6. Eine weitere Einwendung der Beklagten geht dahin, daß ihr der Kläger vom Konkursausbruch über Isler keine Anzeige gemacht habe. Allein gesetzt auch, man wollte die Beklagte mit Rücksicht auf die Haftpflicht des Cedenten für die Existenz der mit der abgetretenen Forderung verbundenen

Nebenrechte wie eine Bürgin behandeln und deßhalb den Art. 510 des O.-R. herbeiziehen, so würde ihr das deßwegen nichts nützen, weil feststeht, daß ihr die Nichtanzeige des Konkurses, den sie übrigens ganz genau kannte, keinen Schaden gebracht hat.

7. Auch der Standpunkt, daß Kläger das Grundpfandrecht laut Weibergutsversicherungsbrief im Konkurse nicht mit der nöthigen Energie geltend gemacht habe, ist unhaltbar; er war nicht verpflichtet, auf der Gant zu bieten und übrigens wird ja nicht einmal behauptet, noch weniger aber zum Beweise verstellt, daß die betreffende Liegenschaft in Wirklichkeit einen höhern Preis als den im Konkurs erzielten representire und wenn das nicht der Fall ist, so konnte dem Kläger ein Mehrgebot erst recht nicht zugemuthet werden, der erzielte Steigerungserlös aber reichte nachgewiesenermaßen nicht aus, um auch nur einen Theil der Forderung zu decken.

8. Dagegen muß nun der letzte, von der Beklagten ebenfalls eingenommene, speziell dahin gehende Standpunkt geschützt werden, daß ihre Gewährspflicht deßwegen cessire, weil der Kläger die Gefahr einer wirksamen Bestreitung des Pfandrechtes aus Rechtsgründen, die schon anläßlich der Abtretung vorhanden waren, im Zeitpunkte der letztern gekannt habe. Wie bereits früher bemerkt, qualificirt sich nämlich das der Abtretung zu Grunde liegende Rechtsgeschäft als ein Forderungskauf. Der Kläger hat der Beklagten die ihr an ihren Ehemann zustehende pfandversicherte Forderung von 8000 Fr. um den Preis von 2550 Fr. abgekauft und letztere ihm dieselbe sodann in Erfüllung dieses Vertrages durch Cession abgetreten, daraus aber folgt, daß für den Umfang der Nachwährschaftspflicht der Beklagten nicht nur die im Capitel über Abtretung von Forderungen enthaltenen speziellen Bestimmungen, sondern ergänzend auch die Nachwährschaftsbestimmungen im Capitel über Kauf maßgebend sind. Die Aufstellung spezieller Nachwährschaftsgrundsätze für die Cession von Forderungen hat nur den Sinn, daß diese zunächst und in erster Linie auf alle Abtretungen, ohne Rücksicht auf das denselben zu Grunde liegende Rechtsgeschäft, Anwendung finden, nicht aber den Sinn einer *ausschliesslichen* Regulirung der Nachwährschaftspflicht des Cedenten in der Meinung, daß die für das, der Cession zu Grunde liegende Rechtsgeschäft geltenden Nachwährschaftsgrundsätze auch insoweit ausgeschlossen sein sollen als sie neben den speziellen, für die Cession aufgestellten Grundsätzen bestehen können, dieselben nur ergänzen. Das müßte jedenfalls ausdrücklich gesagt sein oder indirekt mit Sicherheit aus dem Gesetz hervorgehen und dieß ist nicht der Fall. Davon ausgehend kann nun aber die Beklagte den Art. 236 des O.-R. für sich in Anspruch nehmen, welcher bestimmt, daß wenn der Käufer zur Zeit des Vertragsabschlusses die Gefahr der Entwehrung kannte, der Verkäufer nur insofern Gewähr zu leisten habe als er sich ausdrüchlich dazu verpflichte. Allerdings handelt es sich nun hier nicht um eine Entwehrung im eigentlichen Sinne des Wortes d. h. um den ganzen oder theilweisen Entzug des Kaufsgegenstandes durch einen Dritten, allein derselben kommt bei der kaufsweisen Abtretung einer Forderung nebst Pfandrecht die wirksame Bestreitung der letztern oder des Accessoriums durch den Schuldner bezw. die gerichtliche Aberkennung des Anspruches oder des Pfandrechtes gegenüber dem Cessionaren aus Rechtsgründen, die schon vor der Cession bestanden haben, gleich. Der gleiche Grund, welcher den Gesetzgeber veranlaßt hat, die Befreiung des Verkäufers einer Sache von der Nachwährschaft auszusprechen, falls der Käufer zur Zeit des Kaufsabschlusses die Gefahr der Entwehrung kannte, muß auch dazu führen, den Verkäufer einer Forderung von der Nachwährschaftspflicht zu befreien, wenn der Käufer bei der Abtretung die Gefahr einer wirksamen Bestreitung der Forderung kannte. Der Grund ist offenbar die Annahme, daß die Gefahr unter solchen Umständen vom Käufer habe übernommen werden wollen und dies ist sicherlich im zweiten Fall gerade so gut gerechtfertigt wie im ersten. Die Frage ist demnach die, ob Kläger zur Zeit der Abtretung die Gefahr der wirksamen Bestreitung des Pfandrechtes durch Isler oder einen da

zu legitimirten Dritten, wie einen Konkursgläubiger oder den Konkursnotar etc. gekannt habe und darauf darf unbedenklich eine bejahende Antwort gegeben werden. Wenn man auch nicht annehmen will, es habe der Kläger die absolute Rechtsungültigkeit der in der Pfandverschreibung enthaltenen Festsetzung der Zahlungstermine und zwar namentlich als eine von Anfang an vorhanden gewesene gekannt, so wußte er doch am 4. bezw. 1. April 1886, als der Abtretungsvertrag geschlossen wurde, ganz genau, daß dieselbe zur Zeit keine Gültigkeit mehr habe. Das ersah er aus der Thatsache, daß die Beklagte damals den Pfandschuldner und zwar für die ganze Forderung von 8000 Fr. bereits bis zur Versilberung betrieben hatte, denn diese mußte ihm zeigen, nicht nur, daß die Beklagte die Forderung als fällig angesehen hatte, sondern auch, daß Isler ebenfalls dieser Meinung gewesen war oder dann in seinem Rechtsvorschlag gegen die Betreibung eine andere Auffassung geltend gemacht und damit zurückgewiesen worden war, in welch letzterem Falle die Fälligkeit erst recht außer Zweifel stand. So sicher die *gerichtliche* Feststellung der damaligen Fälligkeit diese bewies, so sicher bewies sie auch ihre Nichtbestreitung durch Isler, denn dieser hatte ein so großes Interesse an der Nichtversteigerung seiner für den Gasthofbetrieb absolut unentbehrlichen Fahrhabe, daß wenn er die Nichtfälligkeit der Forderung nicht geltend machte, um die Betreibung zu hindern, dies der untrüglichste Beweis für die wirklich eingetretene Fälligkeit der Forderung bilden mußte und so viel konnte auch der Kläger ausrechnen. Alle diese Betrachtungen drängen folglich zu der Annahme, daß der Kläger am 4. April 1886 die im Scheidungsprozeß getroffene Festsetzung neuer Zahlungstermine kannte. Ist das aber der Fall, so konnte er an Hand des ihm sehr wohl bekannten Art. 885 des O.-R. auch ausrechnen, daß das Pfandrecht bezüglich der einen Hälfte der Forderung schon mit dem 11. Mai 1885 und bezüglich der andern Hälfte mit dem 1. November 1885 untergegangen war, wenn man nicht sogar annehmen will, daß er die Ungültigkeit dieser Zahlungstermine für die Frage der Fortdauer des Pfandrechtes gekannt und gewußt habe, daß dießfalls als Fälligkeit der ganzen Forderung der Zeitpunkt der Scheidung zu gelten habe. Es konnte ihm nicht entgehen, daß die am 18. September 1885 angehobene Betreibung nicht ohne Verzug durchgeführt, sondern einstweilige Abstellungen gegeben worden seien und deßhalb eine Unterbrechung der 6 monatlichen Verjährung im Sinne von Art. 885, Schlußsatz, nicht stattgefunden habe, die Verjährung also mit dem 1. November 1885 eingetreten sei. Die Haftpflicht des Verkäufers für thatsächliche Mängel fällt nach Art. 245 des O.-R. schon dann weg, wenn der Käufer dieselben bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamseit kennen mußte und wenn nun der Art. 236 vom Kennen der *Gefahr* der Entwehrung spricht, so dürfte das ziemlich gleichbedeutend sein mit dem bestimmten Kennenkönnen der Entwehrungsgründe im Falle Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit, daß aber Kläger in diesem Falle den bereits erfolgten Eintritt des Erlöschens des Pfandrechtes erkennen konnte, kann nach dem Angeführten nicht zweifelhaft sein. Uebrigens bedarf man dieser Auffassung nicht einmal, weil auch das positive Kennen der Gefahr einer wirksamen Bestreitung des Pfandrechtes beim Kläger vorhanden war. Wie heute erklärt wird, kaufte er die Forderung als Geschäftsführer der Leihkasse, weil diese den letzten Brief auf die Isler'sche Liegenschaft hatte und nun mit Recht befürchtete, daß wenn sämmtliches Wirtschaftsmobiliar versilbert würde und in Folge dessen der Gasthofbetrieb eingestellt werden müßte, dieß einen werthvermindernden Einfluß auf die Liegenschaft, ihr Briefunterpfand hätte, aus dem ein bedeutender Verlust für die Leihkasse resultiren könnte. Dieses Motiv zeigt nun aber wieder deutlich, daß das Mobiliarpfandrecht beim Forderungserwerb durch den Kläger offenbar keine Rolle spielte, daß das Geschäft ohne Rücksicht auf diese Deckung geschlossen wurde, der Kläger die Gefahr einer allfälligen wirksamen Bestreitung derselben übernommen hat. Ohne Mobiliar und nach vorangegangener Einstellung seines Betriebes mußte

ein viel größerer Minderwerth des Hotels befürchtet werden als der Versteigerungswerth der Pfandgegenstände betrug und um dem vorzubeugen mußte die Forderung erworben werden, mochte sie eine gedeckte oder nicht gedeckte sein.

9. Nach diesen Ausführungen muß die Appellation des Klägers verworfen und das bezirksgerichtliche Urtheil bestätigt werden.

Unerlaubte Handlung.

Anspruch auf Genugthuung in Geld wegen ernstlicher Verletzung der persönlichen Verhältnisse (Art. 55 des O.-R.).

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 10. Dezember 1887.

Der Schreiner Johs. Huber in Außersihl verglich sich in einem kleinen Forderungsstreit am 10. Februar 1887 vor dem Friedensrichteramt Zürich mit der Wittwe Agathe Keller geb. Seiler dahin, daß die letztere anerkannte, ihm 12 Fr. zu schulden, währenddem er auf seinen Mehranspruch verzichtete. Gleichzeitig kam Huber mit dem Sekretair des Friedensrichteramtes, Namens Oswald, dahin überein, daß letzterer ihm für den Eingang der Vergleichssumme besorgt sein solle. Nachher will er dann einige Male auf dem Bureau des Friedensrichteramtes gewesen sein, aber jeweilen den Bescheid erhalten haben, daß eine Zahlung noch nicht eingegangen sei und schließlich soll ihm der Sekretair gesagt haben, es sei am richtigsten, wenn er die Frau Keller betreibe. Oswald seinerseits sagt in einem schriftlichen Zeugniß, daß Huber seit dem Vergleichsabschluß nie mehr erschienen sei, trotzdem er ihn beauftragt habe, von Zeit zu Zeit nachzufragen.

Mit Rechtsbot vom 22. Februar 1887 betrieb Huber die Frau Keller für die 12 Fr., am 15. März wurde der Pfandschein ausgefertigt und am 22. gl. Mts. gepfändet. Am 21. April verlangte Huber Versilberung der Pfänder. Der Rechtstrieb war von Erfolg, denn die Betriebene zahlte in verschiedenen kleinen Beträgen die Schuld bis am 5. Mai 1887 ab, sie leistete aber die Zahlungen nicht an Huber, sondern an Oswald, den Sekretair des Friedensrichteramtes und erhielt dann von ihm am 5. Mai eine Abstellung folgenden Inhalts: „Der Frau Keller wird Abstellung ertheilt. Namens Joh. Huber, Schreiner. C. Oswald.“

Auf Vorweisung dieser Abstellung hin sistirte das Stadtammannamt den Rechtstrieb gänzlich. Huber wartete immer auf die Versilberung und als es ihm endlich zu lange ging, hielt er am Freitag den 17. Juni beim Stadtammannamt Nachfrage und erfuhr dabei, daß abgestellt sei. Er bemerkte darüber im Prozeß: „Ich ließ mir die Abstellung zeigen, die Unterschrift habe ich nicht gesehen, wohl aber, daß die Abstellung nicht von der Hand der Frau Keller geschrieben war. Der Stadtammann sagte mir, daß es die Schrift Oswalds sei.“ Am Montag den 20. Juni reichte sodann Huber beim Statthalteramt eine Strafklage gegen die Frau Keller ein, in welcher diese des Betruges, begangen durch Einreichung einer falschen Abstellung, beschuldigt wird. Nachdem das Statthalteramt die von Oswald unterzeichnete Abstellung vom Stadtammannamt eingezogen hatte, ließ es solche dem Huber durch einen Polizeisoldaten vorlegen und es berichtete dieser, Huber erkläre, daß die Abstellung gefälscht sei. „Huber will diesen Oswald nicht kennen und überhaupt keinem Menschen Auftrag gegeben haben, den Rechtstrieb abzustellen.“

Am 15. August erhielt Frau Keller eine Vorladung vor Statthalteramt auf den 16. gl. Mts. Sie erschien und wurde verhört. Die Sache klärte sich auf und es erfolgte ihre Entlassung. Währenddem sie vor Verhör war, erschienen 2 Mal Polizisten in ihrer Wohnung und ließen, da sie dieselbe nicht antrafen und man ihnen auch nicht sagen konnte, daß Frau Keller vor Statthalteramt sei, den Bericht zurück, man solle bei ihrer Rückkehr auf der Hauptwache sofort Anzeige machen. Diese Anzeige erfolgte und Frau Keller wurde darauf mit 2 Polizisten auf die Hauptwache geführt. Daselbst setzte sie auseinander, daß sie soeben vom Statthalteramt komme, woselbst ihre Unschuld konstatirt worden sei und als sich dieß in Folge ein-

gezogener Erkundigung bestätigte, wurde sie entlassen.

Nunmehr belangte Frau Keller den Denuncianten Huber vor dem Civilrichter auf Bezahlung einer Genugthuungssumme für erlittene Unbill von 300 Fr. und es wurden ihr zweitinstanzlich *50 Fr.* zugesprochen.

Gründe:

1. Berücksichtigt man, daß der Beklagte in der Strafuntersuchung erklärt hat, den Oswald nicht zu kennen und erstinstanzlich von ihm geleugnet worden ist, demselben Incasso-Vollmacht gegeben zu haben, währenddem er dann dieß in persönlicher Befragung vor Obergericht zugestehen mußte, so wird es fraglich, ob ihm nicht geradezu eine strafbare falsche Anschuldigung zur Last falle.

2. Will man aber diese Annahme auch nicht als genügend fundirt betrachten und die Erklärung des Beklagten in der Strafuntersuchung, daß er „diesen Oswald" nicht kenne, zu seinen Gunsten dahin auslegen, daß er wohl die Persönlichkeit Oswalds, nicht aber dessen Namen gekannt habe, so fällt ihm hinsichtlich der Einleitung der Strafuntersuchung doch zum Mindesten grobe Fahrläßigkeit zur Last. Denn Angesichts der Thatsache, daß er dem Secretär des Friedensrichteramtes Incasso-Vollmacht ertheilt und nachher dieser Sache wegen wiederholt mit ihm verkehrt hatte, mußte er bei Mittheilung des Stadtammannamtes, daß abgestellt und die Abstellung nicht von der Klägerin, sondern von einem Oswald unter Bezugnahme auf ein vom Gläubiger erhaltenes Incassomandat geschrieben und unterschrieben sei, auch bei Anwendung der geringsten Sorgfalt auf den Gedanken kommen, daß dieser Oswald der von ihm mit dem Incasso betraute Secretär des Friedensrichteramtes sein werde. Es bestund also für ihn die dringendste Veranlaßung, vor Allem aus auf dem Bureau des Friedensrichteramtes nachzufragan, ob nicht etwa dorthin bezahlt und demgemäß von dort aus Abstellung ertheilt worden sei. Ist dem aber so, so muß auch darin, daß der Beklagte, anstatt diesen Weg einzuschlagen, einfach eine Strafklage wegen Fälschung einer Abstellung gegen Frau Keller einreichte, eine grobe Fahrläßigkeit erblickt werden.

3. Hienach frägt sich bloß, ob die Klägerin, wie sie geltend macht, in ihren persönlichen Verhältnissen dadurch so verletzt worden, daß ihr nach Art. 55 des O.-R. auch ohne Nachweis eines Vermögensschadens eine angemessene Geldsumme zuerkannt werden kann.

Bei Sistirung der Strafuntersuchung gegen Frau Keller hat die Anklagebehörde entgegen dem § 776 des Rechtspflegegesetzes dem Bezirksgericht keinen Antrag darüber vorgelegt, ob der Angeschuldigten für die ihr durch die Untersuchung verursachten Umtriebe eine Entschädigung zu geben sei. Es wäre im vorliegenden Falle gewiß volle Veranlaßung gewesen, gemäß der in Praejudiz Nro. 2 in Sträulis Commentar zu jenem Paragraphen erwähnten Praxis der Frau Keller eine kleine Entschädigung für *Umtriebe* zu sprechen und den Denunzianten Huber zu deren Ersatz an die Staatskasse zu verpflichten. Eine Genugthuungsforderung für erlittene *Unbill* dagegen konnte nicht anläßlich der Beschlußfassung über die Kosten der sistirten Untersuchung (also gewissermaßen adhäsionsweise) geltend gemacht werden (vergleiche Sträuli a. a. O. Nr. 5); dazu war die Einleitung einer Civilklage auf Schadenersatz resp. Genugthuung erforderlich.

4. Eine erhebliche Unbill lag nun für die Frau Keller schon darin, daß Huber die so leichtfertige, gänzlich unbegründete Betrugsklage einreichte und daß sie deßwegen zur Verantwortung vorgeladen wurde. Es hat Huber aber auch das Vorbringen der Klägerin, für das merkwürdigerweise die Untersuchungsakten gar keinen Anhaltspunkt bieten, nicht bestritten, daß sie in Folge der grundlosen Denunziation nicht bloß einmal vorgeladen und verhört, daß sie vielmehr nachher sogar polizeilich in ihrem Hause abgeholt und zur Hauptwache geführt worden sei und zwar Alles dieß in Aufsehen erregender Weise.

5. Mangels einer bezüglichen Behauptung des Beklagten ist nicht zu prüfen, ob die polizeiliche Vorführung nicht lediglich auf einem Fehler oder Versehen der Polizeiorgane oder des Untersuchungsbeamten beruhe,

denn in der Geltendmachung dieses Thatbestandes läge die Einrede der Unterbrechung des sonst als vorhanden zu betrachtenden Causalzusammenhanges in Folge Verschuldens dritter Personen und diese darf nicht von Amtswegen suplirt werden.

6. Für die Umtriebe, die Klägerin in Folge der Anklage des Beklagten gehabt und für die mit der Einleitung des Strafverfahrens gegen sie ihr zugefügte Unbill rechtfertigt es sich, den Beklagten zu einer Entschädigung von 50 Fr. an sie zu verurtheilen.

Literarisches.

Schollenberger Dr. J. Vergleichende Darstellungen aus dem öffentlichen Rechte der schweizerischen Kantone. I. Abschnitt. Die schweizerischen Freiheitsrechte. Zürich, Albert Müllers Verlag, 1888.

Nach der Vorrede hat sich der Verfasser die Aufgabe gestellt, eine vergleichende Darstellung der sogenannten kantonalen Organisationsgesetze, d. h. der Gesetze über die Volksrechte, Behörden und Gemeinden zu geben und es bildet die vorliegende Schrift den Anfang dieser Arbeit. Dieselbe befaßt sich mit der Darstellung eines Theils der Volksrechte und zwar speziell derjenigen Volksrechte, welche der Verfasser Freiheitsrechte nennt, weil sie den Bürgern gegenüber der staatlichen Herrschaft gewisse Freiheiten garantiren. Ihnen gegenüber werden diejenigen Volksrechte gestellt, welche dem Volk als Souverain zustehen und die der Verfasser daher die Souverenitätsrechte (Herrscherrechte) nennt, nämlich Referendum, Initiative und Wahlrecht. Die Freiheitsrechte, welche in der vorliegenden Schrift behandelt werden, sind folgende: Die Rechtsgleichheit, die Handels- und Gewerbefreiheit, die Niederlaßungsfreiheit, die Glaubens- und Gewissensfreiheit, das Recht zur Ehe, die Preßfreiheit, das Vereinsrecht, das Petitionsrecht, das Gerichtsstandsrecht und der Schutz der erworbenen Rechte. Der Verfasser führt uns die einzelnen Bestimmungen der kantonalen Gesetzgebungen und Verordnungen vor, soweit sie mit dem betreffenden Freiheitsrecht in Berührung kommen und gibt dem Leser so ein Bild über die Art und Weise, wie die genannten, meistens in der Bundesverfassung garantirten Freiheitsrechte in den einzelnen Kantonen Beachtung finden oder nicht. Wir finden da neben Bestimmungen, die als erweiternde Ausführung des betreffenden Freiheitsrechtes gelten können, viele, die den Charakter beschränkender Ausführung desselben haben und die daher einer Prüfung auf ihre Verfassungsmäßigkeit nicht Stich halten dürften. Diese herausgegriffen und festgestellt zu haben, scheint uns das wesentliche Verdienst der vorliegenden Schrift zu sein und dieselbe der allseitigen Berücksichtigung namentlich Seitens derjenigen Personen zu empfehlen, welche vermöge ihrer amtlichen Stellung dazu berufen sind, für eine verfassungsmäßige Beachtung und Durchführung der garantirten Freiheitsrechte zu sorgen.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. Februar 1888. VII. Band. № 2.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil
des
Handelsgerichtes Zürich
vom 2. Dezember 1887
in Sachen
des *J. J. Hottinger*, Weinhandlung in Wädensweil, Kläger,
gegen
Hermann Groener & Cie. in Zürich, Beklagte.

Kauf. Schadenersatzanspruch aus Nichterfüllung des Verkäufers (Art. 110 und 111 des O.-R.).

Einrede des Untergangs der Lieferungsverpflichtung wegen angeblicher Unmöglichkeit der Erfüllung aus Gründen, die der Schuldner nicht zu verantworten hat (Art. 145 des O.-R.). Ein Akt der Staatsgewalt, geltend gemacht als Grund der Erfüllungsunmöglichkeit.

Streitfrage:

Sind die Beklagten nicht verpflichtet, an die Kläger zu bezahlen:

Fr. 1888 Preisdifferenz,
„ 204 für leere Gebinde,
„ 500 Entschädigung für entgangenen Gewinn?

Thatsächliches:

A. Anfangs Juni 1887 kaufte der Kläger von den Beklagten 4 Faß ffein 95 % Lederer-Sprit à 66 Fr. per 100 Liter ab hier (Zürich), spuntvoll, per 3 Monat netto, lieferbar bis Ende Juli 1887. Mit Brief vom 7. Juni bestätigten die Beklagten den Geschäftsabschluß.

B. Am 15. Juli 1887 beschloß der Schweizerische Bundesrath in Ausführung einzelner Theile des Alkoholmonopols, daß die Einfuhr gebrannter Wasser mit Beginn des *20. Juli* für Jedermann außer dem Bunde verboten, das Finanzdepartement indessen ermächtigt werde, gutfindendenfalls in die nachweislich vor der Publikation dieses Beschlusses abgeschlossenen, aber noch nicht effectuirten Lieferungsverträge inländischer Importeurs mit ausländischen Lieferanten einzutreten. Dieser Beschluß wurde im Bundesblatt vom 16. Juli 1887 publizirt mit der Einladung an diejenigen Importeure, welche ihre Schlüsse mit ausländischen Lieferanten auf den Bund zu übertragen begehren, ihr bezügliches Gesuch bis spätestens den 25. Juli dem Finanzdepartemente unter Beilegung gewisser Ausweise einzureichen.

C. Am 26. Juli 1887 schrieb der Kläger an die Beklagten: „Da ich nun den Sprit absolut nothwendig habe, so ersuche Sie höf-

lich, mir gefälligst die gekauften 4 Faß umgehend zuzusenden." Allein die letztern antworteten mit Brief vom 27. Juli, daß sie nicht in der Lage seien, nach Wunsch liefern zu können, weil sie durch die so rasch in Vollzug gesetzte Grenzsperre überrascht worden seien und ihre Käufe vom Ausland nicht mehr rechtzeitig haben hereinbeziehen können. Sie fügten bei: „Gemäß neuestem Beschlusse des Bundesrathes vom 22. cour. hat derselbe nun verfügt, daß vom 1. August weg Categorie Lederersprit à 70 Frkn. per 100 L. à 100 % gleich 66 Fr. 50 bei 95 % Waare, abgegeben werde. Da nun unsere Vorräthe sehr beschränkt sind, würden wir Ihnen vorschlagen, benöthigtes Quantum beim Bund zu beziehen, wogegen wir Ihnen die Differenz zwischen Ihrem Kaufpreise und dem Bundespreise vergüten. Hiedurch sind Sie vollständig schadlos gehalten, während wir allerdings doppelten Verlust haben, entgangenen Gewinn und Vergütung. Wir müssen jedoch in Berücksichtigung der Umstände uns damit zufrieden geben, da wir alle und jede Differenzen vermeiden wollen. Eventuell sind auch bereit, einen Theil zu liefern und für den Rest entfallende Differenz zu vergüten."

D. Die Beklagten hatten gekauft:

1. Von Lederer in Prag am *30. April 1887* 20 Doppelwaggons ffein Primasprit 95 % zum Preise von 34½ Fr. per 9000 % inclusive Faß *per August/Dezember lieferbar*, und
2. von W. Stengel in Leipzig *unterm 9. Juli 1887* 4 Doppelwaggons ffein prima Kartoffelsprit *per August September* à 24 ¼ Mark per 10,000 % exclusive Faß ab Leipzig.

Von den erstgenannten 20 Doppelwaggons Lederer-Sprit sind vor Inkrafttreten der Grenzsperre 2 Doppelwaggons bezogen worden. Bezüglich des Restes schrieben die Beklagten am 8. Juli an Lederer, daß sie denselben, wie bereits angezeigt, pro Juli/August und September I. Hälfte abnehmen werden, weßhalb er ersucht werde, sich vorzubereiten und Faßtage in allen Größen vorräthig zu halten, und mit Brief vom 15. Juli 1887 ertheilten sie Versandtinstruktionen beifügend:

„Wie Ihnen durch Herrn Sand gleichzeitig mitgetheilt werden wird, ist es wahrscheinlich, daß *auf den 30. dieses Monats* die Grenzsperre in Vollzug kommt und um nun von unserm Kaufe so viel als immer möglich abzunehmen, ersuchen Sie, bis zum 21., längstens 22. dies dasjenige Quantum, welches Sie im Stande sind, bis dahin zu liefern, versandtbereit zu halten in der Meinung, daß am letztgenannten Termine alles unterwegs resp. bis dahin effectuirt sei."

Die mit dem 20. Juli in Kraft getretene Grenzsperre verhinderte die Ausführung der obigen Versandtdispositionen.

E. Die Beklagten stellten beim Schweizerischen Finanzdepartement das Gesuch um Uebernahme ihrer Lieferungsverträge mit Lederer und Stengel durch den Bund und erhielten darauf am 15. August 1887 den Bericht:

1. Das eidgen. Finanzdepartement habe behufs Prüfung und Begutachtung der dem Bunde innerhalb gestellter Frist zur Uebernahme angemeldeten Lieferungskontrakte zwischen hierländischen Importeuren und ausländischen Lieferanten eine Spezialkommission kaufmännischer Experten berufen.
2. Diese Kommission habe mit Einstimmigkeit beschlossen, die eingereichten Kontrakte in zwei Kategorien zu trennen, nämlich in solche, welche in legitimer und dem Geiste des bundesräthlichen Erlasses entsprechender Form bis und mit dem 27. Mai, und in solche, die vom 28. Mai bis und mit dem 15. Juli abgeschlossen worden seien.
3. Den erstern, bis 27. Mai geschlossenen Kontrakten, habe die Kommission außer dem Kostenpreise den vorgesehenen Geschäftsnutzen mit 2½ Frkn. per Hektoliter zugebilligt, die übrigen vom 28. Mai bis 15. Juli abgeschlossenen Kontrakte dagegen zur Uebernahme *ohne jeden Geschäftsnutzen* empfohlen.
4. In Gemäßheit dieser Grundsätze sei von der genannten Kommission im Spezialfalle beschlossen worden:
   a. auf den Lieferungsvertrag mit Lederer über 18 Doppelwaggons *vom 30. April 1887* Eintreten zu beantragen *und des Weitern einen Geschäftsnutzen* von

2½ Frkn. per Hektoliter absoluten Alkohols zu gewähren, — und

b. die Uebernahme des Lieferungsvertrages mit Stengel über 4 Doppelwaggons *vom 9. Juli* zu den angemeldeten und aus den Schlußscheinen ersichtlichen Preisen und Conditonen *ohne weitere Entschädigung* zu befürworten.

Die Beklagten scheinen diese Offerte acceptirt zu haben, wenigstens behaupten sie das Gegentheil nicht.

F. Auf die Proposition der Beklagten vom 27. Juli (siehe Fact. C.) trat der Kläger nicht ein, sondern verlangte mit Brief vom 28. Juli, daß die Beklagten ihm die gekauften 4 Faß Sprit so schnell als möglich liefern. Diese antworteten aber gleichen Tags: „Wir sind nicht im Falle, sofort liefern zu dürfen. Die Verhältnisse erheischen es, daß wir uns eine Frist bis Mitte August bedingen müssen, damit wir inzwischen Zeit finden, unsere Situation dem Bunde klar zu legen und einen Bescheid abwarten können. Nachdem der Bund beschlossen hat, in die Auslandseinkäufe der Grossisten einzutreten, wird er jedenfalls auch in irgend einer Weise die Inlandsverkäufe berücksichtigen. Nicht zweifelnd, daß Sie sich die kurze Spanne Zeit gedulden werden, zeichnen etc.“ Mit Brief vom 9. August reklamirte Kläger neuerdings die Lieferung des bestellten Sprits „oder doch etwas zur Aushülfe, indem ich in Verlegenheit bin,“ erhielt aber keine Antwort, dagegen mahnten ihn die Beklagten am 27. August zur Zahlung von 4 rückständigen Fakturen im Gesammtbetrage von 1824 Fr. 10 und erhielten darauf am 29. August eine Abschlagszahlung von 807 Fr. 25 mit dem Bemerken: „Bei Gelegenheit Ihres Schreibens hätte ich eine bestimmte Antwort erwartet, wann Sie mir den gekauften Sprit liefern wollen.“ Auf diese Schlußbemerkung antworteten die Beklagten unterm 31. August: „Betreffend Sprit können wir Ihnen nichts Neues sagen, als was wir Ihnen bereits mitgetheilt haben, da unsere oberste Landesbehörde noch keinen Beschluß gefaßt hat.“ Der Kläger verlangte darauf neuerdings sofortige Lieferung, weil er sich wegen Mangel an Sprit in größter Verlegenheit befinde (Brief vom 1. Septbr.), erhielt aber ablehnenden Bescheid, weil die Beklagten nach Ausspruch juristischer Autoritäten zufolge der Maßnahmen des Bundes von ihrer Lieferungspflicht befreit worden seien. Indessen machen die Beklagten hier einen Vergleichsvorschlag. (Brief vom 2. September.) Sie offeriren die Lieferung von zwei Fässern und bezüglich des Restes eine Differenzvergütung von 100 Fr. Der Kläger trat jedoch nicht darauf ein, sondern verlangte mit Brief vom 5. September neuerdings Lieferung gemäß Vertrag unter Androhung gerichtlicher Klage, worauf die Beklagten den Vergleichsvorschlag mit Brief vom gleichen Tage zurückzogen.

G. Am 30. September 1887 leitete hierauf der Kläger beim Friedensrichteramt über die Eingangs genannte Streitfrage Klage ein und machte dieselbe am 18. Novemder beim Handelsgericht anhängig. Er behauptete, daß der vertragliche Lederer-Sprit dem Primasprit gleichkomme, den die eidgen. Alkoholverwaltung laut Bundesrathsbeschluß vom 2. September 1887 à 145 Fr. per 100 Kilo und 95 Tralles oder per Hectoliter absoluten Alkohols (10,000 Literprozent) à 124 Fr. 45 verkaufe, woraus folge, daß er für die gekauften 4 Faß à 600 Liter = 2400 Liter oder 2400 Kilo heute statt nur 66 Fr. per 100 Kilo 145 Fr., also 79 Fr. mehr verausgaben müsse, was einem direkten Schaden von 79 + 24 = 1888 Fr. gleichkomme. Da sich aber der Preis der Alkoholverwaltung von 145 Fr. per 100 Kilo ohne Gebinde verstehe, währenddem er mit Gebinde gekauft habe, so müssen ihm auch die letztern und zwar mit 8 Fr. 50 per 100 Liter oder Kilo vergütet werden, was für 2400 Liter oder Kilo 204 Fr. ausmache. Endlich sei ihm ein Gewinn von mindestens 500 Fr. entgangen.

H. Die Beklagten produzirten die Bekanntmachung der eidgenössischen Alkoholverwaltung betr. Verkauf von Monopolsprit d. d. 21. Oktobsr 1887. In dieser werden drei Spritsorten anerboten und darunter auch:

„3. Feinsprit 94/95 %, in Qualität den guten einheimischen Marken oder den Marken Breslaus *oder Prags* entsprechend.“

Daraufhin anerkannte Kläger, daß der vertragliche Sprit mit dieser Sorte identisch sei.

Laut dem schon citirten Bundesrathsbeschluß vom 2. September 1887 ist aber der Preis dafür nur 140 Fr. per 100 *Kilo* oder 114 Fr. 15 Rp. per 100 *Liter,* (100 Kilo sind, wie Kläger nachträglich ebenfalls zugeben mußte, gleich 122,6 Liter), sodaß die Differenz zwischen dem Kaufpreis von 66 Frkn. per 100 Liter nur 48 Fr. 15 beträgt. Der Kläger reduzirte deßhalb die erste Klagepost von 1888 Fr. auf 1155 Fr. 60 (2400 Liter à 48 Fr. 15 per 100 Liter = 1155 Fr. 60). Ebenso reduzirte er auf die Einwendung der Beklagten hin die II. Post von 204 Fr. auf 166 Fr. 55, indem er anerkennen mußte, daß per 100 Liter Gebinde bloß 6 Fr. 94 verausgabt werden müssen. Dagegen hielt er fest an der Forderung von 500 Fr. für entgangenen Gewinn.

I. Die Beklagten bestritten die Klage zunächst grundsätzlich, weil ihre Lieferungsverpflichtung aus dem Kaufvertrag in Folge Unmöglichkeit der Erfüllung aus Umständen, die sie nicht zu verantworten haben, gemäß Art. 145 des O.-R. untergegangen sei und sich nicht, wie die Klage behaupte, nach Art. 111 des O.-R. in eine Verbindlichkeit zum Schadenersatz umgewandelt habe. Durch die auf den 20. Juli 1887 in Kraft gesetzte Grenzsperre, also durch einen Akt der Staatsgewalt seien sie in die Unmöglichkeit versetzt worden, die bereits im April bei Lederer in Prag bestellten Spritlieferungen zu beziehen und deßwegen, also aus einem von ihnen nicht zu verantwortenden Grunde, verhindert gewesen, auch ihrerseits zu liefern. Die Grenzsperre sei unerwartet rasch eingetreten. Niemand habe das erwarten können, denn nach einem Referat der „Neuen Zürcher-Zeitung“ vom 15. Juni 1887 habe Bundesrath Hammer damals in der Bundesversammlung selbst erklärt, der Wegfall des Ohmgeldes und der Geschäftsbetrieb des Bundes sei auf den 1. Jenner 1888 in Aussicht genommen. Sie haben Alles gethan, um den Lederersprit vor dem Vollzug des Einfuhrverbotes zu erhalten. Eventuell wurde das Quantitativ der ersten, auf 1155 Fr. 60 reduzirten Klagepost bestritten, weil die Beklagten jedenfalls nur für die Differenz zwischen dem festgesetzten Kaufpreis und dem höhern Marktpreis *zur Zeit des vertraglich stipulirten Lieferungstermins,* also Ende Juli 1887 aufzukommen haben, diese aber bedeutend kleiner sei als die Differenz zwischen dem erstern und dem Marktpreis *per 5. September 1887*, welche der klägerischen Berechnung zu Grunde liege. Wollte man eine vertragliche Hinausschiebung des ursprünglichen Lieferungstermines annehmen, so könnte nur der 15. August als solcher in Betracht kommen, der damalige Marktpreis aber habe bloß 98 Fr. per Hectoliter betragen, sodaß dannzumal nur die Differenz zwischen diesem Preise und dem Ankaufspreise von 66 Fr. per Hectoliter der Schadensberechnung zu Grunde gelegt werden dürfte. Die Post von 500 Fr. für angeblich entgangenen Gewinn wurde gänzlich bestritten, weil ein Beweis dafür nicht vorliege, daß ein solcher Gewinn hätte gemacht werden können.

K. Die Parteien einigten sich darüber, daß von einem allfällig dem Kläger gutzuheißenden Betrag seine Restschuld für 4 frühere Fakturen im Betrage von 1016 Fr. 85 in Abzug gebracht werden soll (siehe Fact. F.).

Entscheidungsgründe:

1. Da sich die Beklagten, wie sowohl aus ihrem Briefe vom 2. September 1887, als namentlich auch aus der Klageinleitung hervorgeht, positiv weigern, in natura zu erfüllen, so kann die Zuläßigkeit der gestellten Schadenersatzklage nach Art. 111 des O.-R. keinem begründeten Zweifel unterliegen und es ist dieselbe gemäß Art. 110 ibid. grundsätzlich gutzuheißen, falls die Beklagten nicht nachzuweisen vermögen, daß sie mit Bezug auf die Nichterfüllung des Vertrages kein Verschulden treffe.

2. Diesen letztern Standpunkt nehmen nun die Beklagten ein, indem sie unter Berufung auf den Art. 145 des O.-R. geltend machen, daß der Forderungsanspruch des Klägers in Folge eingetretener Unmöglichkeit, die ihm geschuldete Leistung zu erfüllen, untergegangen sei. Allein es ist ihnen weder der Beweis für die behauptete Unmöglichkeit der Erfüllung noch, — was weiter hinzukommen muß, um der letztern befreiende Wirkung zu

verleihen, — der Beweis dafür gelungen, daß sie den Eintritt dieser Unmöglichkeit, — wollte man sie annehmen, — nicht verschuldet haben, beziehungsweise denselben nicht hätten verhindern können.

3. Gemäß der Vereinbarung der Parteien waren die 4 Fäßer Sprit zu liefern bis Ende Juli. Thatsächlich steht ferner fest, daß durch Bundesrathsbeschluß vom 15. Juli, publizirt im Schweiz. Bundesblatt vom 16. Juli d. J. die Einfuhr gebrannter Wasser mit Ausnahme gewisser, hier nicht in Betracht kommender Sorten auf den 20. Juli für Jedermann außer dem Bunde verboten worden ist. Die Frage wird sich also dahinstellen, ob es den Beklagten von Mitte Juli, dem Zeitpunkt der Bekanntmachung der Grenzsperre an, nicht mehr möglich gewesen sei, sich in den Stand zu setzen, die gegenüber dem Kläger eingegangene Verbindlichkeit zu erfüllen. Sieht man auch von der Möglichkeit ab, daß die Beklagten ihren Bedarf an Sprit durch rasche Bezüge aus dem Ausland noch hätten decken können, so ist doch keineswegs erwiesen, daß es ihnen nicht möglich gewesen sei, 4 Fäßer 95 % Lederer Sprit in der Schweiz aufzukaufen. Es geht sogar aus der Korrespondenz hervor, daß Groener & Cie. selbst noch Vorräthe der fraglichen Spritsorte besaßen. Diesfalls ist zu verweisen auf ihren Brief vom 27. Juli, in welchem sie auf eine Bitte des Klägers um Zusendung der 4 Fässer Sprit, demselben mit Rücksicht darauf, daß sie durch die so rasch in Vollzug gesetzte Grenzsperre überrascht worden und »*ihre Vorräthe sehr beschränkt seien*«, den Vorschlag machten, das benöthigte Quantum vom Bunde zu beziehen, wogegen sie ihm die Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem dem Bunde zu bezahlenden Preise vergüten würden. Noch deutlicher sprechen sich die Beklagten im Eingang des Briefes vom 28. Juli aus, wo es heißt: „In Antwort auf Ihr Geehrtes von heute sind wir nicht im Falle, sofort liefern zu *dürfen.*“ Dieser Passus ließe sich allerdings so erklären, daß die Vorräthe der Beklagten zu klein gewesen wären, um allen Verbindlichkeiten gegenüber ihren Kunden gerecht werden zu können; allein dieser Standpunkt ist von ihrem Vertreter selbst nicht erörtert worden, während es doch nothwendig gewesen wäre, das Unvermögen der Beklagten an Hand einer Aufstellung über ihre damals vorhandenen Spritvorräthe einerseits und ihre Engagements anderseits darzuthun. — Wenn man aber auch annehmen will, daß die Beklagten nur einen Theil des vom Kläger gekauften Quantums Sprit ab Lager hätten liefern können, z. B. 2 Faß, wie sie solche dem Kläger mit Brief vom 2. Septbr. offerirten, so fehlte es unzweifelhaft nicht an Gelegenheit, den Mehrbedarf durch Ankauf bei andern schweizerischen Grossisten zu beschaffen, möglicher Weise allerdings zu höhern Preisen. Es ist nämlich keine Rede davon, daß der Bund mit dem 20. Juli d. J. alle Vorräthe der Sprithändler an sich gezogen hätte, wie der Vertreter der Beklagten mit Vorliebe supponirte, es liegt gegentheils Grund zu der Annahme vor, daß jene es sich mit Rücksicht auf die in Aussicht stehende Grenzsperre angelegen sein ließen, möglichst viel Sprit vom Auslande hereinzubeziehen.

4. Die Beklagten haben stark betont, daß sie sich bei Zeiten in die Möglichkeit versetzt haben, liefern zu können, indem sie schon im April d. Js. mit Ignaz Lederer in Prag einen Lieferungsvertrag über 20 Doppelwaggons 95 % Sprit abgeschlossen haben, Allein aus den Zuschriften der eidgenössischen Finanzverwaltung an Groener & Cie. vom 15. August, in welchen dieselbe sich bereit erklärt, in die Lieferungsverträge der Beklagten mit Lederer in Prag und Stengel in Leipzig eintreten zu wollen, geht hervor, daß die Lieferungen erst auf die Monate August bis Dezember verabredet waren. Damit ist bewiesen, daß sie den Kaufvertrag mit dem Kläger, in welchem Lieferung auf Ende Juli vereinbart ist, gar nicht mit Rücksicht auf die von Lederer in Prag zu erwartenden Lieferungen, sondern im Hinblick auf ihr vorhandenes Lager abgeschlossen haben. Aus diesem Grunde fallen auch die Anstrengungen, welche die Beklagten machten, um den Sprit von Lederer noch vor Vollzug des Einfuhrverbotes über die Grenze kommen zu lassen, außer Betracht.

5. Ist sonach nicht nachgewiesen, daß die

Leistung, zu welcher die Beklagten sich verpflichtet hatten, schlechthin unmöglich geworden sei, so braucht die weiterr Frage, ob die Beklagten sich zu ihrer Entlastung auf die Maßnahmen des Bundes als befreiende Umstände im Sinne des Art. 145 des O.-R. hätten berufen können, nicht untersucht zu werden. Jedes vertragliche Verschulden, und ein solches liegt hier vor, schließt die Annahme von Zufall oder höherer Gewalt begrifflich aus. Immerhin darf an dieser Stelle noch bemerkt werden, daß die Behauptung der Beklagten, sie hätten auf Grund einer Aeußerung von Bundesrath Hammer annehmen dürfen, die Grenzsperre werde erst mit 1. Januar 1888 eintreten, den thatsächlichen Verhältnissen kaum entspricht, denn aus dem eingelegten Referat der „Neuen Zürcher Zeitung" über jene Mittheilung betreffend Ausführung des Alkoholgesetzes geht hervor, daß Bundesrath Hammer sich in der Bundesversammlung sehr reservirt ausgedrückt und erklärt hat, der Bundesrath behalte sich noch vor, Abänderungen zu treffen. Daß übrigens die Beklagten sich bezüglich der Vollziehungsmaßregeln so ziemlich auf dem Laufenden befunden haben und sich bei Zeiten hätten vorsehen können, geht aus dem Umstande hervor, daß sie in ihrem Briefe vom 15. Juli an Lederer in Prag davon sprechen, es komme die Grenzsperre wahrscheinlich auf den 30. Juli zum Vollzug.

6. Hinsichtlich des Umfanges der Schadenersatzpflicht der Beklagten ist der Art. 116 des O.-R. maßgebend. Laut dieser Gesetzesbestimmung hat der Kläger Ersatz desjenigen Schadens zu beanspruchen, welcher ihm dadurch erwächst, daß nicht zur vertraglich festgesetzten Zeit geliefert worden ist. Hieher gehört einmal eine allfällige Wertherhöhung, welche mit Bezug auf das Kaufobjekt eingetreten ist. Behufs Ermittlung dieses Mehrwerthes ist, da der Sprit in der kritischen Zeit ziemlichen Preisschwankungen unterworfen war, vor Allem wichtig, zu wissen, welcher Zeitpunkt als vertraglich vereinbarter Lieferungstermin anzusehen sei; hierüber gehen die Parteien auseinander. Während nämlich die Beklagten für sich die Julipreise in Anspruch nehmen, behauptet der Kläger, der Lieferungstermin sei von Ende Juli auf den 15. August beziehungsweise auf Anfangs September verlegt worden. In der That ergibt sich aus den Akten eine vertragliche Abänderung des ursprünglich vereinbarten Lieferungstermins. Nachdem nämlich der Kläger den Vorschlag von Groener & Cie., er möchte den Sprit vom Bunde beziehen, abgelehnt hatte, baten ihn die Beklagten mit Schreiben vom 28. Juli, sich noch bis Mitte August zu gedulden. Dieses Gesuch, welches sich nicht anders als ein solches um Stundung auffassen läßt, ist vom Kläger nicht, wie es ein ordentlicher Geschäftsverkehr erfordert, sofort abgelehnt worden und hat deshalb als stillschweigend genehmigt zu gelten. Wenn der Kläger trotz des gewährten Aufschubes am 9. August um Zusendung des Sprits bat, so läßt sich das so erklären, daß er sich in Verlegenheit befand und die Beklagten ermahnen wollte, ja nicht etwa die auf Mitte August in Aussicht gestellte Lieferung noch weiter zu verzögern. Später hat dann keine förmliche Vereinbarung mehr über eine weitere Hinausschiebung der Lieferung stattgefunden, der Kläger hat vielmehr am 29. August die Beklagten neuerdings gemahnt und seine Ansprüche gewahrt. Es ist also der 15. August als vertraglicher Lieferungstermin anzusehen.

7. Laut einer von den Beklagten eingelegten Aufstellung der Firma Braun Krauß & Cie. in Zürich über vom 6. August bis 9. September d. J. vermittelte Spritverkäufe, deren Richtigkeit vom Kläger nicht bestritten worden ist, stand der Preis des in Frage stehenden Sprits am 15. August auf Fr. 98. — per Hl., der Kläger hat von den Beklagten Anfangs Juni gekauft zu Fr. 66. — per Hl., der Preis eines Hl. ist somit um Fr. 32 gestiegen, was auf 4 Faß = 24 Hl. einen Aufschlag von Fr. 768 ausmacht, welcher dem Kläger im Falle vertragsgemäßer Lieferung zu gut gekommen wäre und ihm daher zu ersetzen ist.

8. Der Entschädigungsanspruch für leere Gebinde, darauf fußend, daß im Preisansatz von Fr. 66 die Gebinde inbegriffen gewesen seien, während dieselben jetzt extra bezahlt werden müssen, ist grundsätzlich jetzt nicht

mehr angefochten und auch im Quantitativ gehen die Parteien jetzt einig. Es ist daher der diesfällige Schadenersatzanspruch auf Fr. 6. 94 mal 24 = Fr. 166. 55 festzusetzen.

9. Zu dem Schaden, welcher in Folge der Nichterfüllung Seitens der Beklagten dem Kläger erwachsen ist, gehört auch der entgangene Gewinn. In dieser Richtung hat der Kläger geltend machen lassen, er sei nicht nur Branntweinbrenner, sondern auch Sprithändler und würde bei rechtzeitiger Lieferung an den 4 Fässern Sprit 25 % verdient haben; sodann aber seien ihm eine Reihe von Kunden, die er in Folge des vertragswidrigen Verhaltens der Beklagten nicht habe rechtzeitig bedienen können, verloren gegangen. Zum Beweis für letztere Behauptung, welche beklagtischerseits in Widerspruch gesetzt wird, ist auf 2 Reklamationsschreiben von Kunden und auf Zeugen abgestellt worden. Da aber der Kläger im übrigen auf richterliches Ermessen abgestellt hat, wird es schon auf Grund der vorliegenden Akten möglich sein, einen Schadensbetrag zu ermitteln, welcher den Kläger auch für allfallige Anstände mit Kunden entschädigt. Aus den schon erwähnten Zuschriften der eidgen. Finanzdirektion an Gröner & Cie. vom 15. August geht hervor, daß letztere von Ignaz Lederer in Prag die in Erwägung 4 erwähnten 20 Doppelwagons Sprit zu Fr. 34½ und Fr. 35 per Hl. gekauft haben; der mit dem Kläger stipulirte Kaufpreis betrug Fr. 66. Hieraus ergibt sich, daß der Engrossprithandel einen ganz bedeutenden Gewinn abwirft, und man wird auch nicht zu weit gehen, wenn man annimmt, daß der Kläger beim Weiterverkauf 25 % zum Kaufpreis zugeschlagen hätte. Zieht man anderseits in Betracht, daß mit diesem Gewinn auch Auslagen verbunden gewesen wären, welche nun wegfallen, so erscheint ein Betrag von Fr. 250 als Entschädigung für entgangenen Gewinn ausreichend.

10. Nach obigen Ausführungen werden dem Kläger zugesprochen:

a) für Preisdifferenz (Erw. 7) Fr. 768. —.
b) für leere Gebinde (Erw. 8) „ 166. 55.
c) Entschädigung für entgangenen Gewinn „ 250. —.
Total Fr. 1184. 55.

wogegen der Kläger anerkannt hat, den Beklagten für verfallene Fakturen zu schulden: Fr. 1016 85 Cts. sammt Zins von 798 Fr. 55 Cts. seit 27. Juli 1887 und von 218 Fr. 30 Cts. seit 21. August d. J.

11. Da der Kläger ungefähr mit der Hälfte seiner ursprünglichen Forderung unterliegt, sind die Kosten den Parteien zu gleichen Theilen anfzulegen; die Gegenforderung der Beklagten hat auf die Kostenvertheilung keinen Einfluß, da sie noch vor der Hauptverhandlung anerkannt worden ist.

Schluss:

1. Die Beklagten sind schuldig, an den Kläger zu bezahlen 1184 Fr. 55 Cts., abzüglich der anerkannten Gegenforderung von 1016 Fr. 85 Cts. sammt Zins von 798 Fr. 55 Cts. seit 27. Juli, und von 218 Fr. 30 Cts. seit 21. August 1887.
2. Die Staatsgebühr ist auf Fr. 120 festgesetzt.
3. Die Kosten sind den Parteien zu gleichen Theilen aufgelegt.
4. Mittheilung.

Zur Interpretation

des § 1386 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches.

(Obergericht Zürich, Appellationskammer)
15. November 1887,
in Sachen *Welti* ca. *Welti*.

Der Zimmermann Hans Jakob Welti in Adlisweil verkaufte sein Heimwesen, bestehend in Wohnhaus nebst Hofstatt und Garten und Scheune nebst Platz um dieselbe am 2. Sept. 1873 an den Schulverwalter Heinrich Senn daselbst und dieser veräußerte die nämlichen Objekte 4 Tage später, am 6. September 1873 wieder an den Sohn seines Verkäufers Joh. Kaspar Welti. Bei der Fertigung dieses zweiten Kaufes bemerkte der Notar am Protokoll, er verwahre sich gegen das Rechtsgeschäft, weil sich dasselbe in Verbindung

mit dem am 2. September zwischen Vater Welti und Senn gefertigten Kaufe als eine Umgehung der gesetzlichen Vorschriften des § 1386 des P.-R. G.-B. darstelle. Diese Gesetzesstelle, soweit sie in Betracht kommt, lautet nämlich:

„Der Kaufvertrag über eine Liegenschaft zwischen einem Vorfahren (Eltern, Grosseltern) als Verkäufer und einem Nachkommen (Sohn, Tochter, Enkel) als Käufer ist nur unter der Voraussetzung gültig, daß nicht einer der übrigen Nachkommen wegen Pflichtwidrigkeit des Geschäftes Einsprache zu machen berechtigt ist und wirklich erhebt.

Vor der kanzleiischen Fertigung hat sich daher der Notar davon zu überzeugen, daß die Nachkommen entweder ihre Zustimmung erklärt oder nachdem sie zur Erklärung durch Mittheilung des Kaufvertrages amtlich aufgefordert worden, sich verschwiegen haben.

Wollen dieselben auf die erhaltene amtliche Aufforderung hin ihre Zustimmung verweigern, so haben sie dieß sofort zu erklären und bei dem Gerichte des Wohnortes des Verkäufers die Klage auf Ungültigerklärung des Kaufvertrages einzuleiten. Wird die friedensrichterliche Weisung nicht binnen 6 Wochen nach der erhaltenen Anzeige dem Gerichte eingereicht, so erlischt ihr Recht zur Beschwerde."

Am 10. September 1873 ließ eine Schwester des 2. Käufers Joh. Caspar Welti, Frau Suter geb. Welti, sowohl diesem als dem Vater Welti amtlich anzeigen, daß sie sich gestützt auf § 1081 des P.-R. G.-B. gegen den Kauf wegen Pflichtwidrigkeit und Benachtheiligung ihres zukünftigen Erbrechts verwahre, sie ging also von der Ansicht aus, daß eine Anfechtung erst nach dem Tode des gemeinsamen Vaters möglich sei.

Am 8. März 1886 starb Vater Welti und hinterließ als gesetzliche Erben neben dem bereits erwähnten Sohn Joh. Caspar noch einen zweiten Sohn, Joh. Heinrich, die schon genannte Tochter Frau Suter geb. Welti und die Kinder der verstorbenen Tochter Barbara Kloter geb. Welti. Nunmehr traten diese letztern Personen gegen ihren Bruder und Onkel Joh. Caspar Welti mit der Klage auf, ob er nicht verpflichtet sei, die vom Erblasser am 2. September 1873 an Senn und von diesem an ihn verkauften Liegenschaften in den Nachlaß einzuwerfen. Dieses Begehren stützten sie darauf, daß der Verkauf an Senn nicht ernstlich gemeint, sondern nur zu dem Zwecke abgeschlossen worden sei, um die von Anfang an beabsichtigte Veräußerung an den Beklagten als eine von einem Dritten abgeleitete erscheinen zu lassen, daß dieser Weg eingeschlagen worden sei, um die Vorschriften des § 1386 des P.-R. G.-B. zu umgehen und daß nun aber, sobald dies feststehe, die Zufertigung an den Beklagten auf Grund dieser Gesetzesstelle angefochten werden könne, diese Anfechtung aber sofort gutgeheißen und der Verkauf an den Beklagten als ungültig aufgehoben werden müsse, weil die Formvorschriften des citirten § 1386 nicht beachtet, weder ihre Zustimmung eingeholt noch sie durch amtliche Mittheilung des Kaufvertrages zu einer Erklärung aufgefordert worden seien. Der Beklagte behauptete im Gegentheil, der Verkauf an Senn sei ein durchaus ernstlicher gewesen und folgerte daraus, daß er den Erwerb der Liegenschaften gar nicht vom Vater, sondern von einem Dritten ableite und somit der § 1386 des P.-R. G.-B. weder im Jahre 1873 habe in Frage kommen können noch heute in Frage komme. Eventuell bestritt er, daß schon die Nichtbeobachtung der in dieser Gesetzesstelle aufgestellten Vorschriften die Ungültigkeit der an ihn erfolgten Veräußerung zur Folge habe und behauptete vielmehr, daß zur Fundirung der Anfechtungsklage der Nachweis der Pflichtwidrigkeit des Geschäftes sowohl zur Zeit seines Abschlusses als zur Zeit des Todes des gemeinsamen Vaters erforderlich sei, dieser aber nicht geführt werden könne, weil der stipulirte Kaufpreis ein durchaus angemessener, dem wirklichen Werth der Liegenschaften entsprechender gewesen sei, also der Verkauf an ihn durchaus keine Schenkung enthalte.

Beide Instanzen wiesen die Klage ab, die zweite

aus folgenden Gründen:

1. Es ist mit der ersten Instanz und aus den von ihr angeführten Gründen davon aus-

zugehen, daß der Verkauf an Senn überall nicht ernstlich gemeint, sondern die Liegenschaften von Anfang an für den Beklagten bestimmt waren und jenes Rechtsgeschäft nur zu dem Zwecke abgeschlossen wurde, damit sich der Erwerb Seitens des Beklagten, nicht als ein vom Vater, sondern von einem Dritten abgeleiteter darstelle, dieses ganze Vorgehen aber seinen Grund darin hat, daß man auf diese Weise die Vorschrift des § 1386 des P.-R. G.-B. umgehen wollte.

2. Diese Auffassung begründet den Schluß, daß die Kläger berechtigt sind, die Zufertigung der Liegenschaften an den Beklagten auf Grund der citirten Gesetzesbestimmung (§ 1386) anzufechten und frägt es sich nun bloß, ob die Voraussetzungen vorliegen, unter denen diese Gesetzesstelle die Aufechtung gestattet. Dießfalls streiten sich die Parteien zunächst darüber, worin diese Voraussetzungen bestehen. Die Kläger machen geltend, es genüge zur Anfechtung die Thatsache, daß ihre Zustimmung zur Fertigung von den Beklagten nicht eingeholt und ihnen auch keine amtliche Mittheilung von den beiden Kaufgeschäften mit der Aufforderung zur Erhebung allfälliger Einsprachen gemacht worden sei, wie dieß der § 1386 vorschreibe. Dieser Auffassung kann indessen hierorts nicht beigetreten werden, denn der § 1386 enthält nicht eine Vorschrift *über die Form* des Liegenschaftenkaufes zwischen einem Vorfahren und einem Nachkommen, von deren Beobachtung die Gültigkeit des Geschäftes abhängig gemacht wäre, sondern er statuirt ein Anfechtungsrecht der übrigen Nachkommen des Verkäufers zum Schutze ihres eventuellen Erb- bezw. Pflichttheilsrechtes, dessen Fundament darin besteht, daß der Kauf eine Schenkung enthalte und diese Schenkung, falls das im Zeitpunkte des Kaufabschlusses vorhandene Vermögen des Verkäufers als Nachlaß fingirt wird, eine Verletzung des Pflichttheils der übrigen Nachkommen in sich schliesse. Dieß ergibt sich zur Evidenz aus dem Wortlaut des § 1386, der dahin geht, ein solcher Kauf sei nur unter der Voraussetzung gültig, als nicht einer der übrigen Nachkommen wegen Pflichtwidrigkeit des Geschäftes Einsprache zu erheben berechtigt sei und solche auch wirklich erhebe, denn daraus folgt einmal, daß der Kauf für die Kontrahenten selbst zunächst durchaus verbindlich ist und sodann aber auch, daß derselbe ebenso nach außen, gegenüber den übrigen Nachkommen des Veräußerers Gültigkeit hat, sofern er nicht eine, ihr Pflichttheilsrecht verletzende Schenkung in sich schließt und diese Pflichttheilsverletzung geltend gemacht wird. Dieses auf der Verletzung des eventuellen Erb- bezw. Pflichttheilsrechtes beruhende Anfechtungsrecht ist es also, welches der § 1386 statuirt. Im Interesse rascher Erledigung der Frage, ob der Kauf absolute Gültigkeit habe oder nicht, und im Interesse der Zuverläßigkeit des Grundprotokolls, ist dann vorgeschrieben, daß der Notar, bevor er die Fertigung vornehme, sich vergewissern soll, ob die übrigen Nachkommen aus dem genannten Grunde Einsprache erheben wollen oder nicht und daß wenn trotz der amtlichen Mittheilung des Kaufvertrages eine solche innerhalb 6 Wochen nicht erhoben werde, Verzicht darauf anzunehmen sei. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Vorschrift einestheils den Vertragskontrahenten die Möglichkeit geben, einen baldigen Entscheid darüber erlangen zu können, ob der Kauf absolut gültig sei oder nicht und anderntheils es möglichst verhüten, daß der Anfechtung durch die übrigen Nachkommen noch ausgesetzte Kaufgeschäfte notarialisch gefertigt werden auf die Gefahr hin, daß die Fertigung, wenn eine spätere Anfechtung von Erfolg begleitet sein sollte, wieder rückgängig gemacht werden müsse, zumal dieser Umstand die Zuverläßigkeit des Grundprotokolls beeinträchtigt. Daraus folgt aber keineswegs, daß die Fertigung ungültig ist, wenn ihr vorangehend nicht eine vertragliche, gesetzliche oder gerichtliche Beseitigung des Anfechtungsrechtes der übrigen Nachkommen stattgefunden hat, denn die Ungültigkeit der Fertigung kann vernünftiger Weise nur auf die Ungültigkeit des ihr zu Grunde liegenden Kaufvertrages basirt werden, währenddem sie bei der Annahme der Gültigkeit des letztern absolut keinen Sinn und Zweck hätte, diese aber und damit auch die Gültigkeit der Fertigung hängt eben

davon ab, ob der Kauf ein pflichtwidriges Geschäft sei oder nicht und daraus folgt, daß so lange diese Frage noch eine schwebende ist, das gleiche für den Kaufvertrag wie die Fertigung zutrifft und somit die Ungültigkeit dieser beiden Geschäfte nicht mit dem Mangel des in § 1386 vorgeschriebenen Verfahrens, sondern nur mit dem Nachweis der Pflichtwidrigkeit begründet werden kann. Eine gegentheilige, die Auffassung der Kläger bestätigende Entscheidung ist nun allerdings im Jahre 1879 (siehe Rechenschaftsbericht No. 36) getroffen worden, allein auf Grund des oben Angeführten kann dieselbe nicht weiter festgehalten werden. Ihre Begründung ist durch das Gesagte widerlegt und nur noch zu bemerken, daß wenn dort angeführt wird, es wäre Angesichts des § 2046 des P.-R. G.-B., welcher ja bereits die Anfechtbarkeit aller pflichtwidrigen Geschäfte unter Lebenden statuire, die Aufnahme des § 1386 ins Gesatz gar nicht nothwendig gewesen, wenn damit nicht etwas Weiteres als diese Anfechtbarkeit, speziell die Beobachtung einer besondern Vertragsform hätte festgesetzt werden wollen, diese Auffassung übersieht, daß der § 2046 des P.-R. G.-B. die Anfechtbarkeit pflichtwidriger Geschäfte unter Lebenden als Regel erst für die Zeit nach dem Tode des Erblasser gestattet, während der § 1386 eine Ausnahme von dieser Regel statuirt, die Anfechtbarkeit schon zu Lebzeiten des Verkäufers und zwar in der Meinung gibt, daß die Frage der Pflichttheilsverletzung auf Grund des damaligen als Nachlaß zu fingirenden Vermögens beurtheilt werde, woraus von selbst folgt, daß diese Ausnahme, sollte sie in Wirksamkeit treten, speziell ins Gesetz aufgenommen werden mußte.

3. Die erste Instanz irrt sich, wenn sie die Ansicht ausspricht, daß Kläger die Zufertigung der Liegenschaften an den Beklagten nicht schon im Jahre 1873 hätten anfechten hönnen. Wenn auch formell nur Kaufgeschäfte unter Dritten vorlagen, so stand doch damals so gut wie heute fest, daß der Verkauf an Senn ein fingirter, nur darauf berechneter war, den von Anfang beabsichtigten Erwerb der Liegenschaften durch den Beklagten als einen von dritter Seite abgeleiteten erscheinen zu lassen, währenddem er in Wirklichkeit, sobald man den Senn nur als den vermittelnden Mandatar des Erblassers betrachtet, ein von diesem abgeleiteter war und nun ist nicht einzusehen, warum diese Auffassung nicht schon damals hätte geltend gemacht, auf Grund derselben der § 1386 angerufen und mit Hülfe desselben die Ungültigkeit der Geschäfte durch den Nachweis ihrer Pflichtwidrigkeit hätte angestrebt werden können. Das Recht zur Klage war mit dem Momente gegeben, in welchem die vermeintliche Verletzung des Pflichttheilsrechts der Kläger vorlag bezw. angestrebt wurde und dieß geschah eben durch jene zwei Rechtsgeschäfte (siehe Ullmer, Commentar Nro. 1981 Erwägung 2 a). Der Notar hätte auch viel richtiger gehandelt, wenn er, statt eine Verwahrung ans Protokoll zu geben, die Fertigung verweigert und Angesichts der offensichtlichen Tendenz, den § 1386 zu umgehen, die Einwilligung der übrigen Nachkommen des Erblassers verlangt hätte. Damit ist nun aber allerdings nicht gesagt, daß wenn die Kläger damals (anno 1873) nicht klagend aufgetreten sind, sie ihr Klagerecht verwirkt haben, denn das Gesetz knüpft diese Verwirkung nur an den unbenutzten Ablauf von sechs Wochen *seit amtlicher Mittheilung und Aufforderung durch den Notar* und geht es daher nicht an, die nämliche rechtszerstörende Wirkung auch dem Zeitablaufe nach einer auf anderm Wege erlangten Kenntniß von dem Kaufsgeschäfte beizulegen (siehe Rechenschaftsbericht vom Jahre 1877, Nro. 35). Daß die 10jährige Verjährung nicht geltend gemacht werden kann, so lange die 6 wöchentliche noch nicht einmal begonnen hat, bedarf keiner weitern Begründung.

4. Ist nun aber davon auszugehen, daß die materielle Begründetheit des Klagebegehrens den Nachweis der Pflichtwidrigkeit der Liegenschaftenveräußerung an den Beklagten voraussetzt, so kann von einer Gutheißung derselben keine Rede sein, weil, wie die erste Instanz richtig ausführt, in der Zufertigung der betreffenden Objekte an den Beklagten zum Preise von 7000 oder 7500 Frkn. über-

haupt keine Schenkung liegt und dieselbe folglich auch keinerlei Verkürzung der klägerischen Erb- und Pflichttheilsrechte nach sich gezogen haben kann.

Gebrauchsleihe.

Die Verpflichtung des Entlehners zur *unversehrten* Rückgabe der entlehnten Sache und daraus folgende Haftpflicht für den Schaden aus verschlechtertem Zustande der Sache im Zeitpunkt der Rückgabe, falls nicht die Abwesenheit jedes Verschuldens des Entlehners nachgewiesen werden kann. Beweisfrage.

(Obergericht Zürich, Appellationskammer.)
13. Dezember 1887.

Am 29. März 1887 entlehnte der Müller Weiß in Niederweningen von seinem Nachbar Wiesendanger ein Pferd, um es neben 3 Kühen zum Pflügen eines von der Gemeinde gepachteten größern Stück Landes zu gebrauchen. Die Temperatur war an diesem Tage einige Grad über Null, ein Zeuge sagt auch, daß ein starker Oberwind geweht habe. Das umzupflügende Land war an einer Stelle ziemlich naß und dieß hatte zur Folge, daß das Pferd Wiesendangers gleich im Anfang einsank. Dasselbe wurde deßhalb ausgespannt, an einen Wagen gebunden und dann den ganzen Tag unbeschäftigt und unbedeckt stehen gelassen. Zu bemerken ist nämlich, daß die Angestellten des Weiß, welche das Pflügen besorgten, über den Mittag nicht heimgingen, sondern auf dem Felde blieben und das Zugvieh dort fütterten. Das Pferd soll dabei keine rechte Freßlust gezeigt und auch das ihm vorgestellte Wasser verschmäht haben. Am 30. März pflügte Weiß einzig mit den 3 Kühen, das Pferd Wiesendangers wurde also an diesem Tage nicht benutzt und auch vom Eigenthümer nicht verwendet, sondern blieb unbeschäftigt im Stall. Am 31. März dagegen ließ Weiß dasselbe wieder holen und spannte es mit drei eigenen Pferden zusammen, um den betreffenden Acker fertig pflügen zu können. Wie die Zeugen sagen, wollte dasselbe aber von Anfang an nicht recht ziehen und ebenso nahm es weder Futter noch Wasser zu sich, beziehungsweise ganz unbedeutende Quantitäten. Auch an diesem Tage blieb man ununterbrochen bis gegen Abend auf dem Feld. Circa um 3 Uhr Nachmittags sank das Pferd Wiesendangers wieder ein, es wurde aber trotzdem weiter gebraucht. Am Abend brachte ein Angestellter des Weiß dasselbe zurück, stellte es in Abwesenheit des Eigenthümers in den Stall und entfernte sich. Der letztere behauptet, er habe noch am gleichen Abend festgestellt, daß das Pferd krank sei, dem Weiß unverzüglich davon Anzeige gemacht und auch den Arzt gerufen Allein Weiß bestritt diese Anzeige und Thierarzt Bucher meint, er sei erst am folgenden Tage, den 1. April, gerufen worden. Er bezeugt, daß er das Pferd „bös krank" angetroffen habe und am Morgen des 2. April zu dem Schlusse gekommen sei, daß dasselbe unfehlbar zu Grunde gehen werde. Die Krankheit müsse von Erkältung hergerührt haben. An diesem Tage gab Wiesendanger dem Weiß mittelst amtlicher Anzeige vom Sachverhalt Kenntniß, behauptete, daß die Krankheit eine Folge fahrläßiger Behandlung des Pferdes an den Tagen des 29. und 31. März sei und machte den letztern für die Folgen verantwortlich. Gleichzeitig wurde der Bezirksthierarzt telegraphisch hergerufen und dieser konstatirte sofort eine heftige Lungenentzündung. Am Abend des 4. April crepirte das Pferd und am 5. April nahm der Bezirksthierarzt die Sektion vor, deren Resultat in dem Schlußsatz gipfelte, es sei unzweifelhaft, daß das Thier an akuter Lungenentzündung zu Grunde gegangen sei. Als Gerichtsexperte zugezogen, erklärte dieser Sachverständige ferner: Lang könne die Krankheit nicht in dem Pferde gestekt haben, sondern höchstens drei Tage. Lungenentzündung komme von Erkältung her, Ueberanstrengung könne indeß dabei mitwirken. Es sei möglich und wahrscheinlich, daß sich das Pferd beim Pflügen krank gemacht habe. Dasselbe sei wohl schwächer gewesen als die Pferde des Weiß und habe sich in Folge dessen überarbeitet.

Nunmehr belangte Wiesendanger den Weiß auf Ersatz des ihm durch das Zugrundegehen des Pferdes entstandenen Schadens, bestehend im Werthe desselben, den er auf 350 Fr. ansetzte und das Bezirksgericht Dielsdorf hieß die Klage gut, davon ausgehend, daß es sich um das Rechtsverhältniß einer Gebrauchsleihe handle, der Beklagte als Entlehner für die Rückgabe des Pferdes in dem Zustande, wie er solches empfangen habe, aufkommen müsse bezw. für die Folgen jeder Verschlechterung einzustehen habe, welche auf böse Absicht oder Fahrläßigkeit seiner Person oder seiner Angestellten (Art. 115 des O.-R.) zurückgeführt werden müsse und nun der Beweis dafür geleistet sei, daß das Pferd zur Zeit der Rückgabe (31. März) an einer Lungenentzündung gelitten habe und diese Krankheit durch unsorgfältige, fahrläßige Behandlung des Thieres Seitens der beim Pflügen beschäftigten Angestellten des Beklagten verursacht worden sei.

Zweitinstanzlich wurde dieses Urtheil bestätigt.

Gründe:

Im Wesentlichen kann zunächst auf die Begründung des Bezirksgerichtes verwiesen werden und ist derselben nur beizufügen: Das Rechtsverhältniß, welches dem vorliegenden Prozeß zu Grunde liegt, ist, wie die erste Instanz richtig annimmt, die Gebrauchsleihe, das Commodat. Daraus folgt aber, entgegen der Ansicht des Bezirksgerichtes, daß dem Beklagten der Hauptbeweis für sein Nichtverschulden obliegt. Schon das römische Recht hatte die Vorschrift, daß der Entlehner die entlehnte Sache nach dem gemachten Gebrauche in demselben Zustande dem Verleiher zurückerstatten müsse, in welchem er sie empfangen hatte und es liegt diese Vorschrift unzweifelhaft auch im Sinne des eidgen. Obligationenrechtes, Art. 321. Wird die Sache in verschlechtertem Zustande zurückgegeben, so liegt dem Entlehner der Nachweis ob, daß die Verschlechterung ohne sein Verschulden eingetreten sei (vergleiche Art. 110 des O.-R.) Natürlich kommen nicht diejenigen Minderungen in Betracht, welche lediglich eine notwendige Folge des ordnungsgemäßen Gebrauches sind. In solchen Fällen liegt von vornherein ein Verschulden nicht vor. Anders verhält es sich in dem vorliegenden Falle. Aus den Akten geht hervor, daß der Beklagte dem Kläger das entlehnte Pferd in krankem Zustande, d. h. mit einer Lungenentzündung behaftet, zurückerstattet hat. Ein Anhaltspunkt dafür besteht nicht, daß das Pferd schon bei dessen Uebernahme am 29. März lungenkrank gewesen sei. Auch hat der Beklagte nicht zu beweisen vermocht, daß die Krankheit in der kritischen Zeit des 29. und 31. März auf eine andere Art entstanden sei, als durch ein Verschulden seinerseits, bezw. seiner Angestellten (Art. 115 des O.-R.). Umgekehrt ist der Causalzusammenhang zwischen der Erkrankung und dem Zugrundegehen des Thieres einer- und der Behandlung des Pferdes durch die Angestellten des Beklagten anderseits als durch die klägerische Beweisführung erbracht zu betrachten. Namentlich ist das Pferd am 29. März stundenlang *unbedeckt* im Freien stehen gelassen worden und zwar unter Umständen, die wohl geeignet waren, demselben eine Erkältung und Lungenentzündung zuzuführen.

Kauf.

Streit über die Frage, ob demselben der Charakter eines Fixgeschäftes zukomme oder nicht. (Art. 234 des O.-R.)

Obergericht Zürich, Appellationskammer.
17. Dezember 1887.

Anfangs September 1887 bestellte der Papierhändler August Feldheim in Außersihl anläßlich eines Besuches in Baden beim daselbst domicilirten Papierhändler L. Rosenstiel 120 Ries verschiedene Nummern Postpapier zum Preise von 1 Fr. 40 per Kilo, zahlbar in drei Monaten nach Empfang der Faktur. Schon am 14. September 1887 lieferte Rosenstiel dem Feldheim 18 Ries des bestellten Papiers im Fakturawerth von 75 Fr. 10 und bemerkte dabei auf der Faktur: „Die mir gütigst in Auftrag gegebenen 250 Kilos Strohcartons, (eine andere, hier nicht in Frage kommende Bestellung) à 24 Fr. 50

werde Ihnen *nächsten Mittwoch, ebenso den Rest obigen Postpapiers zustellen lassen.*" Dieser Mittwoch kam, aber das Postpapier nicht und am 22. September schrieb darauf Feldheim an Rosenstiel: „Ich ersuche Sie hiemit, den Auftrag, auf die rückständigen Briefpapiere zu annulliren, da es mir zu lange dauert", der letztere erklärte indessen dem Käufer mündlich, daß er diese Annullirung des Geschäftes nicht acceptire und bestätigte dieß dann auch schriftlich mit Brief vom 9. Oktober, beifügend: „Ihr Angestellter Sch. wird mir wohl bestätigen, daß Sie mir die Hauptbestellung in Postpapier *per einigen Wochen lieferbar* aufgegeben haben." Am 6. Oktober 1887 fakturirte sodann Rosenstiel den Rest der Bestellung im Fakturawerthe von 347 Fr. 60 und ließ die Waare selbst dem Käufer am 13. Oktober überbringen, dieser aber verweigerte die Annahme unter Hinweisung auf die unterm 22. September erfolgte Annullirung des Geschäftes, worauf Rosenstiel mit Brief vom 14. Oktober antwortete: „Ich theile Ihnen nochmals mit, daß ich Ihre Anullirung vom 22. September mündlich refüsirte, wofür ich einen Zeugen habe. Wenn Sie sich keine weitern Kosten machen wollen, so haben Sie das fragliche Postpapier innerhalb dreier Tage zu beziehen. Feldheim blieb auf seiner Weigerung und daraufhin belangte ihn Rosenstiel auf Bezahlung des Fakturapreises der Restlieferung von 347 Fr. 60. Der Beklagte machte geltend, daß es sich um ein Fixgeschäft handle, Kläger in Erfüllungsverzug gerathen und er deßhalb nach den Artikeln 123 und 234 des O.-R. zum Vertragsrücktritt berechtigt sei. Die erste Instanz schützte diesen Standpunkt, davon ausgehend, daß der Kaufvertrag zwar *ursprünglich nicht* den Charakter eines Fixgeschäftes an sich getragen habe, vom Kläger dann aber durch seine Bemerkung auf der Faktur vom 14. September: „den Rest obigen Postpapiers werde Ihnen nächsten Mittwoch zustellen lassen" zu einem solchen gemacht worden sei.

Die zweite Instanz war anderer Ansicht, sie verwarf die Einrede des Beklagten und verurtheilte ihn zur Zahlung des Fakturpreises von 347 Fr. 60 auf den 13. Januar 1888, als dem vertraglich vorgesehenen Zahlungstermin.

Gründe:

1. Die nach Art. 234 des Schweiz. O.-R im kaufmännischen Verkehr bestehende Rechtsvermuthung für ein Fixgeschäft setzt die Verabredung eines bestimmten Lieferungstermins voraus. Ist also ein solcher beim Kaufe nicht vereinbart worden, so liegt auch kein Fixgeschäft vor.

2. Im vorliegenden Falle steht nun fest, daß beim Kaufsabschlusse selbst kein bestimmter Lieferungstermin angesetzt wurde, denn wenn auch der Kläger in seinem Briefe vom 9. Oktober sich dahin ausdrückt, die Hauptbestellung sei in *einigen Wochen* lieferbar aufgegeben worden, so kann doch in dieser höchst unbestimmten Zeitbestimmung kein bestimmter Lieferungstermin erblickt werden, zumal nichts dafür vorliegt, daß man darunter im Papierhandel eine bestimmte üsancegemäße Frist verstehe.

3. Aber ebenso wenig enthält die Bemerkung des Klägers in seiner Faktur vom 14. September: „Die mir gütigst in Auftrag gegebenen 250 Kilo Strohcartons à 24 Fr. 50 werde Ihnen *nächsten Mittwoch, ebenso den Rest obigen Postpapiers zustellen lassen,*" eine rechtliche Verpflichtung, die noch nicht übersandten Postpapiere auf den fraglichen Mittwoch zu liefern; denn der Wille des Klägers war bei dieser Anzeige nicht darauf gerichtet, die ursprüngliche Vereinbarung in dem Sinne abzuändern, daß er nun den Rest des bestellten Papiers auf einen bestimmten Termin liefern wolle, sondern es sollte damit nur, wie dieß ja gerade bei Nichtfixgeschäften sehr häufig geschieht, die Ankunft der bestellten Waare dem Käufer avisirt werden.

4. Mag man daher die Lieferung, welche, wie in der Appellationsverhandlung vom Kläger anerkannt wurde, erst am 13. Okt. stattfand, auch für verspätet halten, so ist dennoch der Beklagte zur Haltung des Kaufs verpflichtet; denn es gibt keinen andern Weg, um bei Nichtfixgeschäften eine Auflösung des Kaufvertrags wegen verspäteter

Lieferung herbeizuführen als den durch Art. 122 vorgeschriebenen, und diesen hat der Beklagte nicht eingeschlagen.

5. Gegen die Fälligkeit des Kaufpreises erst drei Monate nach Ankunft der Waare beim Besteller, also auf 13. Januar 1888 ist vom Kläger nichts eingewendet worden, es ist daher der Beklagte zur Bezahlung auf diesen Termin zu verpflichten.

Alimentationsanspruch

einer Ausländerin aus ausserehelicher Schwängerung. — Natur der Klage. — Gerichtsstand.

Auch da, wo einer außerehelich geschwängerten Frauensperson gestützt auf § 292 des bisherigen und § 697 des neuen zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches gegenüber ihrem Schwängerer nur der reine Alimentationsanspruch zuerkannt werden kann, wie z. B. einer Badenserin, die im Kanton Zürich geschwängert worden ist, handelt es sich dennoch nicht um eine reine Forderungsklage, die unbedingt am Wohnorte des Beklagten angestellt werden müßte, sondern es ist dieselbe, da das zürcherische Recht für derartige Ansprüche einen andern Titel als denjenigen der Vaterschaft nicht kennt, gleichwohl eine Vaterschaftsklage, die gemäß § 512 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes, falls ein fester Wohnort des Beklagten in der Schweiz nicht bekannt ist, an demjenigen Orte angestellt werden kann, an welchem der letztere zur Zeit der angeblichen Schwängerung seinen Aufenthalt hatte. (Obergericht Zürich, Appellationskammer, 20. Dezember 1887, i. S. Bisser ca. Weber.)

Zur Lehre vom Arrest.

(§ 595 und 596 Ziff. 6 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes,)

Kassationsgericht Zürich. 31. Dezember 1887.

Die Wein- und Kolonialwaarenhandlung Meyer & Heller *in Rheineck*, Kt. St. Gallen, glaubte von der Firma W. Heybrock jünger & Cie. *in Amsterdam* aus dem Titel schuldhafter Nichterfüllung eines angeblich mit derselben als Verkäuferin über 500 Sack Kaffee abgeschlossenen Kaufgeschäftes 4000 Frkn. Schadenersatz fordern zu können. Die Angesprochene bestritt indessen jede Schuldpflicht, weil der Kaufvertrag, dessen Nichterfüllung ihr zur Last gelegt werde, gar nie perfekt geworden sei und um nun wo möglich für ihre Schadenersatzansprüche Deckung zu erhalten, ohne in Holland Prozeß führen zu müssen, erwirkten Meyer & Heller bei dem Präsidenten des Bezirksgerichtes Winterthur Arrest auf ein dem Hause Heybrock jgr. & Cie. auf die Firma J. Aegeter *in Winterthur* zustehendes Guthaben von 6000 Fr. bis auf den Betrag von 4000 Fr.

Eine Einsprache der Arrestgegner wurde vom Bezirksgerichtspräsidenten verworfen und der Arrest unter Ansetzung einer Frist zur Anhebung der Schadenersatzklage bei zuständiger Stelle definitiv bestätigt, weil die Forderung der Arrestkläger genügend bescheinigt sei und weil es, da zwischen Holland und der Schweiz kein Staatsvertrag betreffend Gerichtsstand u. dgl. existire, nach der Gerichtspraxis als zuläßig erscheine, auf hier liegende Vermögensstücke des Schuldners zu greifen und zu verhindern, daß dem Gläubiger die Befriedigung aus denselben unmöglich gemacht werde.

Auf eine bezügliche Beschwerde hob indessen die Rekurskammer des Obergerichtes den Arrest auf, indem sie ausführte:

„Als Arrestgrund wird geltend gemacht derjenige des § 596 Ziff. 6 des Rechtspflegegesetzes, welche Gesetzesstelle lautet: „Eine Gefahr dieser Art (wie sie in § 595 umschrieben ist) ist namentlich dann anzunehmen:

6. wenn sich ein Angesprochener dem Gerichtsstande des Vertrages, da, wo derselbe begründet ist, entziehen und für Erfüllung seiner Verbindlichkeit nicht Sicherheit leisten will."

„Nun liegt aber nichts dafür vor, daß sich die Rekurrenten dem Gerichtsstande des Vertrages entziehen wollen. Die Geltendmachung dieses Arrestgrundes hätte zur Voraussetzung, daß wirklich der Gerichtsstand des Vertrages

im Kanton Zürich, speziell in Winterthur begründet wäre, denn das ist ohne weiters klar, daß wir hierorts nur dann einen Arrest gemäß § 596 Ziff. 6 bewilligen können, wenn wirklich ein zürcherisches Forum in Frage steht. In ihren Unterhandlungen haben sich nun die Parteien darüber, wie der Vertrag zu erfüllen sei, nicht ausgesprochen und dießbezüglich zweifelsohne auf die herrschenden Usancen abgestellt. Nach den gewöhnlichen Regeln können in concreto zwei Orte als Erfüllungsorte in Betracht kommen, Amsterdam und Rheineck, d. h. die beiden Wohnorte der Parteien. Diese beiden Orte liegen aber außerhalb des Kantons Zürich und es ist deßhalb unter keinen Umständen ein zürcherisches Gericht zur Anhandnahme der Klage auf Erfüllung oder Schadenersatz competent. Wenn aber dieß der Fall ist, so liegt kein Grund vor, zur Sicherung dieses Gerichtsstandes einen Arrest zu bewilligen. Der § 215 legis citatae (verbis: „Gegen Personen, welche in der Schweiz keinen festen Wohnsitz haben, kann überhaupt an dem Orte, wo der Vertrag nach der Meinung der Kontrahenten erfüllt werden soll, auf Erfüllung, Aufhebung oder Entschädigung geklagt werden, wenn der Beklagte daselbst sich aufhält oder sich Vermögensstücke für Vollstreckung daselbst befinden) kann nicht dahin ausgelegt werden, daß Ausländer an jedem Orte der Schweiz, wo sie Vermögensstücke besitzen, belangt werden können, sofern nur der Erfüllungsort überhaupt in der Schweiz gelegen sei, denn unsere prozeßrechtlichen Bestimmnngen haben nur für das Gebiet des Kantons Zürich Geltung."

Diesen Entscheid griffen Meyer & Heller mit der Nichtigkeitsbeschwerde an. Das Arrestgesuch sei nicht nur auf den § 596 Ziff. 6, sondern ausdrücklich auch auf den § 595 des Rechtspflegegesetzes gestützt worden, und dieser bestimme ganz allgemein: „Die Beschlagnahme von Vermögensstücken eines Schuldners ist nur dann zuläßig, wenn Gefahr vorhanden ist, daß ohne eine solche Maßregel dem Ansprecher die wirksame Verfolgung seines Rechtes unmöglich gemacht oder doch sehr erschwert würde." Bekanntlich erschöpfe die in § 596 gegebene Aufzählung einzelner Arrestgründe den allgemeinen Satz des § 595 nicht; die Rekurskammer hätte daher speziell prüfen sollen, ob nicht die Voraussetzungen dieser Gesetzesstelle zutreffen, woraus folge, daß in der bezüglichen Unterlassung eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs liege. Aber auch der Nichtigkeitsgrund der Verletzung klaren Rechtes liege vor, weil der angefochtene Entscheid mit dem zitirten § 595 des Rechtspflegegesetzes in offenbarem Widerspruch stehe.

Das Kassationsgericht wies die Nichtigkeitsbeschwerde ab.

Gründe:

1. Da der Beschwerdesteller sowohl, soweit er sich über Verweigerung des rechtlichen Gehörs beschwert, als soweit er einen Widerspruch mit einer klaren Gesetzesbestimmung behauptet, einzig auf Nichtbeachtung beziehungsweise Verletzung von § 595 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege abstellt, so muß angenommen werden, er wolle daraus, daß die Rekurskammer die Ziff. 6 von § 596, welche allerdings nur einen einzelnen Fall, in welchem die Vorschrift des § 595 zur Anwendung kommen soll, speziell hervorhebt, als hier nicht anwendbar erklärt hat, einen Nichtigkeitsgrund nicht herleiten. Uebrigens wäre auch eine in dieser Richtung versuchte Nichtigkeitsbeschwerde unbegründet, denn Beschwerdesteller kann sich auf § 215 des Gesetzes nicht berufen. Es handelt sich nämlich im gegenwärtigen Falle nicht um ein Geschäft, welches in Rheineck, oder in Winterthur, wo das mit Beschlag belegte Vermögensstück liegt, hätte erfüllt werden sollen. Vielmehr liegt ein gewöhnlicher Kaufvertrag vor, welcher in Ermangelung besonderer Verabredungen von Seite des Verkäufers durch Uebergabe des Kaufobjektes an dem Orte, wo sich dasselbe zur Zeit des Vertragsabschlusses befand, zu erfüllen war (O.-R. Art. 84 Ziff. 2). Daß der Verkäufer beim Zustandekommen des proponirten Kaufes die Waare an den Verkäufer versenden sollte, ergibt sich aus den Akten keineswegs, aber auch wenn dieses verabredet worden sein sollte, so wäre gleichwohl als Erfüllungsort des Kaufes für den Verkäufer Amsterdam

wo die angetragene Waare lag, zu betrachten gewesen (O.-R. Art. 233). Nach dem zitirten § 215 war also im Kanton Zürich kein Gerichtsstand des Vertrages begründet und hieraus folgt von selbst, daß der Verkäufer nicht durch einen Arrest gezwungen werden durfte, sich hier einen solchen Gerichtsstand gefallen zu lassen.

2. Es ist nicht darauf einzutreten, ob die Nichtbeachtung des § 595 des Rechtspflegegesetzes als Verweigerung des rechtlichen Gehörs aufzufassen sei, denn dadurch, daß der Beschwerdesteller die von ihm behauptete Verletzung dieser Gesetzesstelle unter Berufung auf § 704 Ziff. 9 als selbständigen Nichtigkeitsgrund geltend macht, erhält dießseitige Stelle Veranlaßung, sich schon jetzt über diese Frage auszusprechen und es wäre daher ganz zwecklos, die Sache, wie es bei Annahme einer Verweigerung des rechtlichen Gehörs nach § 712 geschehen müßte, an den Vorderrichter zurückzuweisen, damit er die seinem Entscheide offenbar zu Grunde liegende Ansicht, daß auch § 595 im vorliegenden Fall einen Arrest nicht rechtfertige, ausdrücklich ausspreche und begründe.

3. Frägt es sich, ob die angefochtene Aufhebung des Arrestes mit einer klaren Gesetzesbestimmung und zwar mit § 595 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege in offenbarem Widerspruch stehe, so ist dieses zu verneinen. Davon, daß ohne den ausgewirkten Arrest dem Beschwerdesteller die wirksame Verfolgung seines Rechtes unmöglich gemacht würde, ist offenbar keine Rede; aber auch die Annahme, daß keine wesentliche Erschwerung dieser Rechtsverfolgung eintrete, kann jedenfalls nicht als eine offenbar unrichtige bezeichnet werden. Vor Einführung der Civilprozeßordnung vom Jahre 1866, deren § 439 wörtlich mit dem jetzigen § 595 übereinstimmt, gingen die zürcherischen Gerichte immer davon aus, daß zur Auswirkung eines Arrestes es nicht genüge, daß der Schuldner ein Ausländer sei, sondern daß noch weitere, den Gläubiger gefährdende Verhältnisse hinzukommen müssen, wie z. B. der Mangel eines festen Wohnsitzes des Schuldners, Verweigerung oder ungebührliche Verzögerung der Rechtspflege in seiner Heimat u. drgl. (Zeitschrift für zürcherisches Recht II. 473, IV. 348, IX. 428). Nun spricht aber die Fassung des § 595 keineswegs dafür, daß der Gesetzgeber von einer andern Auffassung ausgegangen sei und es ist namentlich nicht anzunehmen, daß derselbe als einen Fall, in welchem die Verfolgung des Rechtes sehr erschwert sei, einen solchen, wie er hier vorliegt, habe angesehen wissen wollen, wo der Ansprecher in die Lage kommt, allerdings nicht vor seinen heimischen Gerichten, aber in einem Lande, dessen Rechtszustände völlig geordnete sind und vor einem Gerichte desjenigen Ortes, wo der Angesprochene schon zur Zeit des Geschäftsabschlußes seinen Wohnsitz und demgemäß seinen regelmäßigen Gerichtsstand hatte, seine Rechtsansprüche zu verfolgen. Dafür, daß die Prozeßführung in Holland eine außerordentlich kostspielige sei, ist keinerlei Beweis beigebracht worden.

Es erscheint hienach die Nichtigkeitsbeschwerde wegen des Mangels eines Arrestgrundes unbegründet.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. Februar 1888. VII. Band. № 3.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil
des
Schweizerischen Bundesgerichtes
vom 14. Januar 1888
in Sachen
der *Schweizer. Nordostbahngesellschaft* in Zürich, Beklagte und Rekurrentin,
sowie
des Gerbers Ryffel in Richtersweil, Litisdenunciaten der Beklagten,
gegen
die Kinder des verstorbenen Arnold Hiestand von Richtersweil, nämlich Jakob Arnold, geb. 1881, und Anna Karoline, geb. 1882, Kläger und Rekursbeklagte,
betreffend Haftpflicht aus Eisenbahnbetrieb.

Unfall auf einem *Privat*übergang in Folge Offenstehens der Barrièren desselben. Einrede, daß der Unfall durch Versehen oder Vergehen des Privatübergangs-Berechtigten, also einer dritten, bei der Transportanstalt nicht angestellten Person, ohne eigenes Mitverschulden derselben verursacht worden sei (Art. 2 des Haftpflichtgesetzes). Verwerfung dieser Einrede auf Grund der Annahme, daß die Transportanstalt wegen Nichterfüllung ihrer *bahnpolizeilichen* Pflichten ein Mitverschulden treffe (Art. 32 des Bundesgesetzes über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen).

Thatsächliches:

A. Am 11. August 1886, Vormittags 8½ Uhr, wurde der Vater der Kläger, der 36jährige Taglöhner Arnold Hiestand, während er, einen Stoßkarren schiebend, den Bahnübergang bei der Gerberei Ryffel in Richtersweil überschreiten wollte, von der Lokomotive des Zuges No. 151 der Beklagten erfaßt und so schwer verletzt, daß er nach einigen Stunden starb. Hiestand war am genannten Tage im Auftrage eines Dritten, seines Meisters Leuthold, bei der Gerberei Ryffel beschäftigt, sog. „Lohstöckli" zu machen und wollte, als der Unfall ihn traf, jenseits der Bahnlinie, ein Werkzeug holen. Joseph Nardon, Knecht des Gerbers Ryffel, den er um dasselbe gefragt hatte, hatte ihm bemerkt, er müsse noch warten, da der Zug komme. Hiestand erwiderte hierauf nichts, sondern begab sich nach dem Bahnübergange. Als er auf demselben angelangt war, rief Nardon ihm zu: Halt! Halt! worauf Hiestand sich nach dem Rufer umdrehte und rückwärts ging, dabei aber vom Zuge erfaßt wurde. Die Barrière des Bahnüberganges war zur Zeit des Unfalls nicht geschlossen, wie dieselbe überhaupt seit

ungefähr einem Jahre niemals geschlossen worden ist; früher (während ca. 10 Jahren) war sie von einem Bahnwärter der N. O. B. bedient worden. Es wurde indeß diesem von seinem Vorgesetzten untersagt, dieß weiter zu thun, da der fragliche Bahnübergang kein öffentlicher, sondern ein bloßer Privatübergang sei und die Handhabung der Barrière dem Litisdenunciaten Ryffel obliege. Der Bahnwärter zeigte dieß dem letztern (mündlich) an, indem er bemerkte, er werde die Barrière schliessen und ferner nicht mehr bedienen; Ryffel erwiederte aber, er werde die Barrière sofort wieder öffnen, die Besorgung derselben sei ihm nicht überbunden worden und er werde dieselbe daher nicht übernehmen, überdem erwarte er eine schriftliche Anzeige der N. O. B. Eine solche erfolgte nicht und es stand, wie bemerkt, seither, bis zum Unfalle, die Barrière stets offen. Bei der Stelle, wo der Unfall sich ereignete, befinden sich zu beiden Seiten der Bahn Gebäude des Litisdenunziaten Ryffel, zu deren Verbindung der Bahnübergang dient. In dem s. Z. zwischen Ryffel und der Beklagten abgeschlossenen Kaufvertrage über das dem erstern gehörige, zur Bahnanlage erforderliche Land verpflichtete sich die Beklagte, die fragliche Bahnüberfahrt zu erstellen und dem Verkäufer zur Bewerbung seiner Gebäude sammt Ausgelände das Fuß- und Fahrwegrecht über dieselbe zu gestatten. In der Eigenthumszufertigung an die Beklagte in der Gemarkung Richtersweil vom 18. November 1880 ist dieses Fuß- und Fahrwegrecht vorgemerkt und überdem erwähnt, daß über diese Ueberfahrt (bei Kil. 27 + 81) auch dem Rudolf Hofmann, Grundbesitzer am Horn, Fuß- und Fahrwegrecht zustehe zum Zwecke der Ausübung des ihm laut Protokoll zustehenden Fahrweg- und Ein- und Ausladungsrechtes über das, resp. bei dem Eigenthum des Herrn August Ryffel. Von dem Bahnübergange aus ist die Linie nach beiden Richtungen auf eine Entfernung von ca. 300 Meter zu überblicken; es ist ferner festgestellt, daß der Zug, durch welchen Hiestand überfahren wurde, vorher das Stationssignal gegeben hatte, wogegen auch festgestellt ist, daß das Geräusch eines fahrenden Zuges durch den Lärm der in Betrieb stehenden Gerberei übertönt wird. Der Getödtete Hiestand war auf dem rechten Auge blind und auf dem linken schwachsichtig, überdem unbeholfen und beschränkten Geistes.

B. Der auf Art. 2 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes gestützten Entschädigungsklage der Hinterlassenen des Hiestand (seiner zwei in den Jahren 1881 und 1882 gebornen Kinder) hat die Beklagte in grundsätzlicher Richtung folgende Einwendungen entgegengestellt: sie sei zur Sache passiv nicht legitimirt, die Klage müßte vielmehr gegen den Litisdenunziaten Ryffel gerichtet werden, welchem nach Art. 3 des Bahnpolizeigesetzes das Oeffnen und Schliessen der Barrière des Bahnüberganges als eines Privatüberganges unter eigener Verantwortlichkeit obgelegen habe; ferner sei der Unfall durch eigenes Verschulden des Getödteten und durch Verschulden des Litisdenunziaten Ryffel herbeigeführt worden.

C. Durch Urtheil vom 5. November 1887 *(abgedruckt in Bd. VI pag. 337 dieser Blätter)* hat die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erkannt:

1. Die Beklagte ist verpflichtet, den beiden Klägern bis zum zurückgelegten 16. Altersjahre eine jährliche Rente von je 200 Fr. vom 11. August 1886 an zu bezahlen und diese Leistung gehörig sicher zu stellen.

2. Die Beklagte trägt die Kosten beider Instanzen und hat die Kläger prozeßualisch mit 80 Fr. zu entschädigen.

D. Gegen dieses Urtheil ergriff die Beklagte die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragte ihr Anwalt: in erster Linie gänzliche Abweisung der Klage, eventuell Reduktion der von der zweiten Instanz gesprochenen Entschädigung.

Der Anwalt der Kläger trägt auf Abweisung der gegnerischen Beschwerde an.

Entscheidungsgründe:

1. Die von den Klägern angestellte Entschädigungsklage aus dem Eisenbahnhaftpflichtgesetz mußte selbstverständlich gegen die Beklagte als die concessionirte Eisenbahnunternehmung, bei deren Betrieb der Unfall sich ereignet hat, gerichtet werden. Die Be-

hauptung der Beklagten, daß Art. 3 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend Handhabung der Bahnpolizei vom 18. Februar 1878 für Unfälle, welche auf Privatübergängen sich ereignen, dem Grundsatze des Art. 2 des eidgenössischen Eisenbahnhaftpflichtgesetzes derogire, ist unrichtig. Die Bestimmung des Art. 3 Absatz 2 citatae, wonach die Barrièren von Privatübergängen in der Regel geschlossen sind und von den Berechtigten zur Benutzung des Ueberganges „unter eigener Verantwortlichkeit" geöffnet und wieder geschlossen werden, enthält lediglich eine mit dem Grundsatze des Art. 2 des Haftpflichtgesetzes durchaus vereinbare Polizeivorschrift. Es kann sich, sofern durch das Offenstehen der Barrière eines Privatüberganges ein Unfall verursacht wird, nur fragen, ob nicht einer der Haftbefreiungsgründe des Art. 2 des Haftpflichtgesetzes zutreffe, speziell, ob nicht der Unfall „durch Versehen oder Vergehen dritter bei der Transportanstalt nicht angestellter Personen ohne eigenes Mitverschulden der Anstalt verursacht worden sei".

2. Wird demnach zunächst geprüft, ob in concreto der letzterwähnte Haftbefreiungsgrund gegeben sei, so ist zu bemerken: Es ist anzuerkennen, daß der Unfall mit dem Offenstehen der Barrière in kausalem Zusammenhang steht; denn es ist von der Vorinstanz ausdrücklich festgestellt worden, daß, wenn die Barrière geschlossen gewesen wäre, der Unfall sich nicht ereignet hätte und es ist dieß auch von den Parteien nicht bestritten worden. War nun der Bahnübergang ein öffentlicher, von der Bahnverwaltung zu bedienender, so kann natürlich von einer Befreiung der Beklagten wegen Verschuldens dritter Personen nicht die Rede sein. Allein auch wenn derselbe, was dahin gestellt bleiben mag, als Privatübergang im Sinne des Art. 3 Absatz 2 des Bahnpolizeigesetzes zu betrachten ist, so liegt der gedachte Haftbefreiungsgrund nicht vor. Denn: Es kann zwar nicht gebilligt werden, wenn der Vorderrichter annimmt, daß die an einem Privatübergange Berechtigten zu denjenigen Personen gehören, welcher sich die Bahngesellschaft (im Sinne des § 3 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes) „zum Betrieb des Transportgeschäftes" bedient und für welche sie daher ohne weiteres einstehen muß. Denn solche Dienstbarkeitsberechtigte besorgen ja nicht kraft Vertrages für die Bahngesellschaft einen Teil der an sich dieser obliegenden Geschäfte, sondern sie üben lediglich ihr eigenes Recht aus, wobei sie einfach an die vom Gesetze (Art. 3, Absatz 2 des Bahnpolizeigesetzes) aufgestellten, die Modalitäten ihrer Rechtsausübung regelnden Vorschriften gebunden sind. Sie sind also allerdings als dritte, bei der Bahnverwaltung nicht angestellte Personen zu betrachten. Allein die Einwirkung von Versehen oder Vergehen solcher Personen auf Betriebsunfälle befreit die Bahngesellschaft nur dann, wenn diese Versehen oder Vergehen den Unfall nachgewiesenermaßen *ohne Mitverschulden der Transportanstalt* herbeigeführt haben. In concreto nun aber liegt, — hierin ist dem Vorderrichter völlig beizutreten, — mag es sich mit dem Verschulden des Litisdenunciaten Ryffel wie immer verhalten, ein Mitverschulden der Bahngesellschaft jedenfalls vor. Nach Art. 32, Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Bau und Betrieb von Eisenbahnen liegt den Bahngesellschaften in erster Linie die Handhabung der Bahnpolizei ob; sie sind daher verpflichtet, bahnpolizeilichen Uebertretungen, welche die Sicherheit des Betriebes oder Dritter gefährden, durch Anzeige der Fehlbaren bei der zuständigen Stelle u. s. w. entgegenzuwirken. Den Angestellten der Beklagten war nun bekannt, daß die Barrière des Behnüberganges bei der Ryffelschen Gerberei nicht nur etwa ein oder das andere Mal nach dem gemachten Gebrauche nicht geschlossen, sondern, daß dieselbe seit langer Zeit in völlig bahnpolizeiwidriger, sicherheitsgefährdender Weise gar nicht mehr bedient, sondern beständig offen gelassen wurde. Nichtdestoweniger haben sie nicht das mindeste gethan, um diesem gesetzwidrigen Zustande ein Ende zu machen, sondern haben denselben einfach bestehen lassen. Darin liegt ohne Zweifel eine eigene Fahrläßigkeit der Transportanstalt, welche die Berufung auf den Haftbefreiungsgrund des Verschuldens von Drittpersonen von vornherein ausschließt.

3. Was die Einrede des eigenen Verschuldens des Getödteten anbelangt, so ist dieselbe von der ersten Instanz gutgeheißen, vom Appellationsrichter dagegen verworfen worden. Es ist der Entscheidung der Appellationsinstanz und zwar wesentlich aus den von ihr angeführten Gründen beizutreten. Der Getödtete war, nach Feststellung des Vorderrichters, nicht ständig bei der Gerberei Ryffel beschäftigt; es ist in Folge dessen nicht festgestellt, daß derselbe mit dem Umstande, daß der Bahnübergang nicht bedient wurde, thatsächlich bekannt war und es liegen auch keine Anhaltspunkte für die Annahme vor, daß er damit hätte bekannt sein sollen. Es ist im fernern, nach der thatsächlichen Feststellung der Vorinstanz, nicht erwiesen und nicht anzunehmen, daß er die Warnung des Knechtes Nardon verstanden oder den heranfahrenden Eisenbahnzug gesehen oder gehört hat. Daß er das Geräusch des Zuges und das von diesem gegebene Stationssignal nicht hörte, erklärt sich aus dem Lärm der in Betrieb befindlichen Gerberei und daß er den Zug nicht herannahen sah, aus der Schwäche seines Gesichtes, zumal da der Richtung des heranfahrenden Zuges sein rechtes, gänzlich blindes Auge zugekehrt war. Eine Fahrlässigkeit des Hiestand könnte Angesichts dieser Thatsachen nur darin gefunden werden, daß er vor dem Betreten des Bahnüberganges nicht stehen blieb und mit besonderer Vorsicht und Achtsamkeit nach allen Richtungen sich umsah, ob nicht ein Zug herannahe. Allein eine solche besondere Vorsicht konnte ihm nicht zugemutet werden; wäre die Barrière vorschriftsgemäß geschlossen gewesen, so hätte hierin eine theilweise Aufforderung zur Vorsicht allerdings gelegen; da die Barrière geöffnet war, so durfte Hiestand wohl glauben, daß der Uebergang gefahrlos zu begehen sei und er zu besonderem Umsehen keine Veranlaßung habe.

4. Was das Quantitativ der Entschädigung anbelangt, so ist die Entscheidung des Vorderrichters einfach zu bestätigen; das Einkommen des Beklagten betrug nach der Feststellung der Vorinstanz ungefähr 900 Fr. jährlich. Die Annahme des Vorderrichters, daß er hievon ca. 400 Fr. auf die Erziehung seiner beiden Kinder werde verwendet haben, ist nicht rechtsirrthümlich, sondern entspricht den Verhältnissen.

Schluss:

1. Die Weiterziehung des Beklagten wird abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 5. November 1887 sein Bewenden.
2. Die bundesgerichtlichen Kosten, sowie eine außerrechtliche Entschädigung von 150 Fr. an die Gegenpartei für den heutigen Vorstand vor Bundesgericht werden der Beklagten auferlegt.
3. Mittheilung.

Auszug

aus einem Urtheil
der
Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes
vom 28. Dezember 1887
in Sachen *Wiesmann* ca. *Knecht*.

Gesellschaftsauflösung durch richterlichen Beschluß aus „wichtigen Gründen" (Art. 545 Ziff. 7 und 547 des O.-R.). Wichtige Gründe im Sinne des Gesetzes. Schadenersatzanspruch aus schuldhafter Herbeiführung der die sofortige Auflösung begründenden Umstände.

Caspar Knecht in Horgen war Inhaber eines Kupferschmied-Geschäftes und einer Eisenhandlung daselbst. Bei ihm lernte sein Sohn Victor Knecht, geb. 1864, das Kupferschmiedhandwerk und trat im Jahre 1886, um sich weiter auszubilden, als Arbeiter mit einem Stundenlohn von 24 Rp. in das Geschäft der Gebrüder Sulzer in Winterthur. Dort lernte er den Jean Wiesmann kennen, welcher schon seit 1875 bei der nämlichen Firma mit einem Jahresgehalt von 2600 Fr. als Kupferschmiedmeister angestellt war. Victor Knecht blieb nur ca. 6 Wochen bei Ge-

brüder Sulzer. Dann mußte er zurückkehren, weil sein Vater immer kränklicher wurde. Dieser übergab ihm sein Kupferschmiedgeschäft, während die Eisenhandlung einem zweiten Sohne übertragen wurde. Victor Knecht wünschte nun dem übernommenen Kupferschmiedgeschäft eine größere Kundschaft zuzuführen und glaubte sich zu diesem Zwecke vor Allem aus der Mithülfe und Unterstützung eines durchaus tüchtigen Arbeiters versichern zu sollen. Er erinnerte sich des Wiesmann und frug ihn am 18. April 1886 an, ob er geneigt wäre, mit ihm in Unterhandlung zu treten. Mit Brief vom 26. April offerirte er demselben den Eintritt als Associe und da Wiesmann seine Stelle bei Gebrüder Sulzer in Folge Konfliktes mit einem Oberangestellten auf Ende April 1886 gekündet hatte, so war er sofort bereit, mit Knecht zu unterhandeln. Die Unterhandlungen führten auch wirklich zum Abschluß eines Societätsvertrages. Derselbe trägt das Datum vom 1. Mai 1886 und sagt im Eingang: „Es verbinden sich behufs gemeinsamen Betriebes des Kupferschmiedberufes Vicktor Knecht in Horgen und Jean Wiesmann in Winterthur unter der Firma:

Knecht & Wiesmann.“

Die Dauer der Societät ist zunächst auf 4 Jahre, also bis 1. Mai 1890 festgesetzt. Knecht verpflichtete sich zu einer Baareinlage von 5000 Fr. durch Einzahlung an die Leihkasse Horgen zur Gründung eines Contocorrentes für die Firma und er hat die Einzahlung auch geleistet. Ferner übergab er der Societät seinen Kupferschmiedwerkzeug im Werthe von 1500 Fr. und eine Partie Rohmaterialen im Werthe von 964 Fr. Seine Gesammteinlage betrug also 7464 Fr. Dieselbe mußte zum Voraus mit 4 % verzinst werden. Im Fernern enthält der Gesellschaftsvertrag noch folgende Bestimmungen:

Art. 4. Die beiden Gesellschafter verpflichten sich, nach besten Kräften und Wissen und mit Innehaltung der allgemeinen Arbeitszeit das Geschäft zu betreiben.

Art. 5. Victor Knecht bezieht einen Monatsgehalt von 80 Fr. für das erste laufende Jahr und es soll ihm für späterhin nach seinen Leistungen derselbe entsprechend erhöht werden. Jean Wiesmann bezieht einen Monatsgehalt von 200 Fr.

Art. 7. Jedes Jahr findet am 1. Mai die Inventur statt und es wird nach Bezahlung der Geschäftsunkosten etc. ein allfälliger Ueberschuß den beiden Associé zu gleichen Theilen zugestellt. Im gleichen Verhältniß soll ein allfälliger Verlust getragen werden.

Art. 8. Jean Wiesmann führt die praktische Leitung der Werkstätte, nimmt Bestellungen auf, sorgt für deren richtige Ausführung, stellt die nöthigen Arbeiter ein und entläßt sie.

Art. 9. Victor Knecht besorgt die Buchhaltung und das Kassawesen und hilft in der übrigen Zeit in der Werkstätte mit.

Art. 10. Wenn einer der beiden Associé das gegründete Geschäft allein betreiben sollte, so hat er den zum Austritt geneigten Theil für jedes der ersten vier Jahre mit 500 Fr. zu entschädigen, d. h. für die ersten 4 Societätsjahre mit 2000 Fr.“

Am 11. Mai 1886 trat Wiesmann faktisch in das Geschäft ein und nahm bei der Familie Knecht Kost und Logis. Im September 1886 starb der Vater Knecht und bis dahin soll es ziemlich gut gegangen sein. Dann aber gab es Differenzen. Wiesmann nahm die Kost an einem andern Orte. Das gute Einvernehmen war getrübt. Der letztere behauptet, es sei immer gejammert worden, daß das Geschäft nicht rentire trotz seines ganz ordentlichen Ganges; man habe ihn das Unglück im Hause genannt. Währenddem er alles gethan habe, das Geschäft zu heben, habe sich Knecht immer mehr zurückgezogen und seine Thätigkeit der Eisenhandlung des Bruders, bei welcher er mitinteressirt gewesen, zugewendet. Knecht gibt zu, daß er nach dem Tode des Vaters öfters in den Fall gekommen sei, einen Theil seiner Zeit für die Eisenhandlung zu verwenden, so namentlich im April 1887, als sein Bruder im Militärdienst gewesen sei, er behauptet aber, daß dieß schon bei Abschluß des Societätsvertrages vorgesehen und deßhalb sein Lohn nur auf 80 Fr. angesetzt worden sei. Die Störung des Einvernehmens rühre daher, daß Wiesmann ihn nicht wie einen Mitgesellschafter, sondern wie einen Lehrbuben behandelt habe.

Am 4. Mai 1887, — behauptet Wiesmann, — habe Knecht ihm eine Inventur, 158 Fr. Vorschuß zeigend, vorgewiesen und dabei erklärt, daß er von nun an den gleichen Lohn verlange, wie er, Wiesmann. Er habe sich einverstanden erklärt mit einer zukünftigen Belöhnung von 120 Fr. per Monat, statt bloß 80 Fr., die verlangte Gleichstellung dagegen abgelehnt, worauf ihn Knecht beschimpft habe. Nunmehr habe er den Schmied Schieber in Käpfnach, einen Verwandten der Familie Knecht, beigezogen, damit er den Streit schlichte, allein derselbe habe sich unverrichteter Dinge wieder entfernen müssen. Am 29. Mai habe er dann seinen vertraglichen Lohn für diesen Monat, betragend 200 Fr., verlangt, Knecht aber des Bestimmtesten erklärt, daß er nur 100 Frkn. zahle und bloß dieser Betrag sei ihm denn auch ausbezahlt worden. Beim gleichen Anlaß habe ihm Knecht ein Inventar eingehändigt, das pro 1886/87 ein Defizit von 37 Fr. 64 gezeigt habe, worauf aber von ihm erklärt worden sei, daß ein Gewinn von mehreren hundert Franken vorhanden sein müsse.

Am 31. Mai 1887 schrieb Wiesmann an Knecht:

„Da Sie mir die Auszahlung meines vertraglichen Monatsgehalts von 200 Fr. verweigern, so bin ich genöthigt, Ihnen Nachstehendes einzuhändigen:

„Laut der von Ihnen mir zugestellten Jahresrechnung sollen wir in unserm Geschäfte im ersten Jahre ein Defizit von 37 Fr. 64 Rp. gemacht haben. Zudem kommen Sie jetzt und verlangen Gleichstellung unserer Monatslöhnung. Laut Vertrag haben Sie für das erste Jahr 80 Fr. Monatsgehalt bezogen und es soll Ihnen dieser für späterhin nach Ihren Leistungen erhöht werden. Ich gewähre Ihnen für das zweite Jahr einen Monatsgehalt von 120 Frkn., womit Sie nach Ihren Leistungen zufrieden sein können. Dagegen verlange ich von Ihnen, daß Sie nicht an einem zweiten Geschäft betheiligt sind, wie es seit dem Tode Ihres Vaters der Fall ist, wo sie viel Zeit verwenden und als Konkurrent im Geschäft Ihres Bruders auftreten. Ich verlange, daß Sie jede Woche 1 Tag verwenden zur Führung der Bücher und 5 Tage die gleiche Zeit in der Werkstätte arbeiten wie ich. Je am ersten Tag jedes Monats müssen sämmtliche Bücher mir zur Einsicht übergeben werden und verlange ich, daß mir freigestellt ist, meinen Monatslohn mit dem Kassabüchlein selbst bei der Leihkasse zu erheben oder nicht.

„Ich protestire gegen die vorliegende Inventarschätzung und verlange, daß dieselbe durch einen unparteiischen sachkundigen Mann vorgenommen werde. Ich behaupte, daß nicht alle in der Werkstatt ausgeführten Arbeiten in die Bücher eingetragen worden sind und verlange deren Nachtragung. Zu diesem Begehren bin ich nach dem Societätsvertrag berechtigt, kommen Sie demselben nicht nach, so erscheinen Sie vertragsbrüchig und werden die Folgen davon allein zu tragen haben."

Knecht stellt die Sache so dar, als ob vor Empfang des obigen Briefes nichts weiter passirt wäre, als die Aufnahme des Inventars mit dem Defizit von 37 Fr. 64 und Vorlage desselben an Wiesmann. Dieser habe sich geweigert, das Inventar anzuerkennen und deßwegen habe er ihm vorläufig nur 100 Fr. Lohn ausbezahlt. Erst dieser Brief, — fährt er sodann fort, — habe ihn dann veranlaßt, auch einen schroffern Standpunkt einzunehmen. Wiesmann behauptet, daß derselbe sofort zu ihm gekommen sei und erklärt habe, er bleibe bei den 100 Fr.

Noch am gleichen 31. Mai machte Wiesmann den Streit beim Friedensrichteramt anhängig, und am 3. Juni fand der I. Sühnversuch statt. Hiebei will Wiesmann einfach seine im Brief vom 31. Mai enthaltenen Begehren wiederholt haben, allein Knecht habe sämmtliche, begleitet mit den beschimpfendsten Ausdrücken, bestritten. Am 8. Juni fand ein zweiter Sühnversuch statt und erst nachdem sich Knecht auch hier völlig ablehnend verhalten, habe er, — so behauptet Wiesmann, — die Auflösungsklage gestellt.

Am 9. Juni erließ Wiesmann an Knecht eine amtliche Anzeige des Inhalts, daß sobald die Arbeiten, welche bis heute unter ihm bestellt worden, beendigt und fertig seien, er vom Geschäfte zurücktreten werde. Am 11. Juni waren diese Arbeiten fertig und Wiesmann entließ den Gesellen und Lehr-

knaben. Am 13. Juni soll ihn Knecht bedroht und beschimpft haben. Auf sein Verlangen wurde am 16. Juni ein gemeindammannamtliches Inventar aufgenommen und auch hiebei soll ihn Knecht beschimpft haben, was aber von diesem bestritten wird.

Am 15. Juni 1887 reichte sodann Wiesmann dem Bezirksgericht Horgen Weisung ein über die Streitfrage, ob nicht die Societät aufzulösen sei und Knecht ihm 2000 Frkn. Entschädigung bezahlen müsse. Den Auflösungsanspruch stützte er auf die Art. 545 Ziff. 7 und 547 des O.-R. Das Gesellschaftsverhältniß sei unheilbar zerrüttet und daran trage Knecht allein die Schuld. Die durchaus vertragswidrige Vorenthaltung des Lohnes pro Mai begründe ein schweres Verschulden des Beklagten, wenn man berücksichtige, daß Kläger mit seiner Familie ausschließlich auf seinen Verdienst angewiesen gewesen sei. Sodann sei die Buchführung des Beklagten eine ungenügende und theilweise wissentlich unrichtige gewesen und endlich habe er das gemeinsame Geschäft vernachlässigt und seine Zeit der Eisenhandlung des Bruders, einem Konkurrenzgeschäft gewidmet. Dazu kommen seine Beschimpfungen seit Ende Mai 1887.

Der Beklagte anerkannte, daß ein ersprießliches Zusammenwirken nicht mehr möglich sei, bestritt aber, daß dem Kläger ein einseitiger Auflösungsanspruch zustehe, weil ein wichtiger Grund im Sinne des Gesetzes durchaus nicht vorliege. Zur Rückhaltung des Lohnes per Mai sei er berechtigt gewesen, weil die Bilanz ein Defizit gezeigt habe. Seine Rechnungsführung sei eine richtige; soweit er in der Eisenhandlung thätig gewesen, habe er nur im Sinne eines bezüglichen Vorbehalts bei Eingehung der Gesellschaft gehandelt und daß der Kläger von ihm beschimpft worden sei, werde bestritten. Gegentheils habe der Letztere ihn vor Friedensrichteramt einen Buben genannt.

Am 1. August 1887 einigten sich die Parteien unter Mitwirkung zweier Gerichtsexperten dahin: „Knecht übernimmt sämmtliche Aktiven und Passiven und bezahlt dem Wiesmann 300 Fr., womit alle und jede Abrechnung bis und mit dem 16. Juni abgeschlossen ist. *Beide Parteien behalten im Uebrigen ihre Klagen aufrecht mit Ausnahme der erledigten Abrechnung.*"

Die Klage, welche Knecht gestellt hatte, ging dahin, daß er berechtigt erklärt werde, vom 1. Mai 1887 an einen Monatslohn von von 200 Fr. zu fordern.

Mit Urtheil vom 5. November 1887 wies das Bezirksgericht Horgen die Klage des Wiesmann ab und erklärte den Knecht für berechtigt, das zweite Societätsjahr 130 Fr., das dritte 160 Fr. und das vierte 200 Fr. Monatslohn zu beziehen.

Die Appellationskammer des Obergerichtes aber hob dieses Urtheil auf und erkannte in Gutheissung der Hauptklage:

1. Das Gesellschaftsverhältniss der Litiganten wird als mit dem 16. Juni 1887 aufgelöst erklärt.

2. Der Beklagte ist schuldig, dem Kläger eine Entschädigung von 150 Fr. zu bezahlen.

Die Widerklage war damit gegenstandslos geworden.

Gründe:

1. Der Kläger stützt sein Begehren um Auflösung der Gesellschaft auf Art. 547 des O.-R. und es ist daher zu untersuchen, ob ihm ein wichtiger Grund zur Auflösung im Sinne dieser Gesetzesstelle zur Seite steht.

2. Wenn das schweizerische Obligationenrecht nicht wie der Code Napoléon in Art. 1871 und das deutsche Handelsgesetzbuch in Art. 125 die einzelnen Gründe, welche zur sofortigen Auflösung berechtigen, sei es auch nur beispielsweise aufführt, so rührt dieß nur davon her, daß der schweizerische Gesetzgeber eine doch nicht erschöpfende Casuistick vermeiden wollte. Dagegen darf unbedenklich davon ausgegangen werden, daß die in jenen Gesetzgebungen angefürten einzelnen Gründe in der Regel auch im schweizerischen Rechte zur sofortigen Auflösung der Gesellschaft berechtigen. Dazu gehört nun namentlich auch die Nichterfüllung der durch den Gesellschaftsvertrag festgesetzten Verpflichtungen unter der Voraussetzung, daß:

a. diese Verpflichtungen sich klar und unzweideutig aus dem Gesellschaftsvertrag ergeben,
b. dieselben wesentliche sind, d. h. deren Nichterfüllung dem berechtigten Gesellschafter wesentlichen Schaden verursacht,
c. die Weigerung des verpflichteten Gesellschafters, die Verpflichtung zu erfüllen, nicht das Produkt bloßer momentaner Aufregung oder Verstimmung, sondern eine bestimmte, auch gegenüber gütlichen Vorstellungen seines berechtigten Mitgesellschafters Stand haltende ist.

3. Durch Art. 3 des Gesellschaftsvertrages ist klar und deutlich festgesetzt, daß der Kläger von der Gesellschaft einen Monatsgehalt von 200 Fr. beziehe, der Beklagte dagegen nur einen solchen von 80 Fr., wenn auch mit dem Vorbehalte, daß dieser Gehalt nach Verlauf des ersten Jahres nach seinen Leistungen zu erhöhen sei. Dieser Unterschied der beidseitigen Gehaltsansprüche ist auch innerlich wohl begründet, denn er entspricht den vorher, von dem gleichen sachkundigen Dritten für ihre Arbeit bezahlten Preisen, zumal der frühere Jahresgehalt des Klägers bei Gebrüder Sulzer in Winterthur unbestrittenermaßen 2600 Fr., also per Monat 233 Fr. 33 Rp. betragen hat, derjenige des Beklagten nur 24 Rp. per Stunde oder, den Arbeitstag à 10 Stunden und den Monat à 26 Arbeitstage berechnet, per Monat 62 Fr. 40 Rp. Es ist daher ganz unmöglich, daß der Beklagte je daran denken konnte, es stehe ihm das Recht oder auch nur die Billigkeit zur Seite, wenn er sich weigere, dem Kläger den festgesetzten Monatsgehalt von 200 Fr. weiter auszuzahlen. Das Gleiche gilt von seinem Begehren, seinen Gehalt noch mehr zu erhöhen als der Kläger anerkannte, d. h. auf mehr als 120 Fr, resp. denselben dem Gehalte des Klägers gleichzustellen, indem er den letztern erniedrige. Auch diesem Begehren steht nämlich Wortlaut und Geist des Gesellschaftsvertrages klar entgegen und es darf namentlich der Beklagte sein Recht, einen größern Lohn zu verlangen, nicht damit begründen, daß derselbe für das erste Jahr nur deßhalb auf bloß 80 Fr. festgesetzt worden sei, weil es die Meinung gehabt habe, daß er sich, so lange der Vater noch lebe, auch in der Eisenhandlung betheiligen könne, daß aber ausdrücklich bestimmt worden sei, wenn er die ganze Zeit dem Geschäfte widmen könne, solle auch sein Gehalt erhöht werden. Denn es spricht hiegegen nicht nur der Wortlaut des Vertrages, welcher die Erhöhung seines Salairs lediglich von den Leistungen abhängig macht, sondern auch der Umstand, daß, als im April 1887 sein Bruder im Militärdienst abwesend war und er für ihn die Eisenhandlung besorgte, er für diese volle Zeit keinen Lohn beanspruchte. Nach dem Kassabuch hat er überhaupt für den ganzen Monat April kein Salair erhalten und erst für den Monat Mai bezog er wieder und zwar eigenmächtig ein solches von 100 Fr., obschon auch mit Bezug auf diesen Monat der Kläger in der Replik behauptet und zum Beweise verstellt hat, daß er außer der Inventuraufnahme und Buchführung nichts für die Societät gearbeitet habe und der Beklagte in der Duplik hierauf nichts erwidert hat.

4. Gewiß war auch die vertragliche Verpflichtung des die Kasse führenden Beklagten, dem Kläger jeden Monat den Lohn von 200 Fr. auszuzahlen, eine wesentliche, denn der letztere brauchte dieses Geld nothwendig für den Lebensunterhalt seiner Familie und mußte deßhalb in schweren Schaden gerathen, wenn ihm derselbe verweigert wurde.

5. Es war aber auch die Weigerung des Beklagten, seine Vertragspflicht zu erfüllen, keineswegs bloß eine momentane, durch Verstimmung oder Aufregung oder gar durch ein Verschulden seines Mitgesellschafters verursachte, sondern dieselbe wurde auch bei ruhigem Blute und gegenüber den ernstesten Vorstellungen des Klägers aufrecht erhalten.

6. Was zunächst die Ereignisse vor dem Schreiben des Klägers vom 31. März 1887 betrifft, so ist es sehr wahrscheinlich, daß der Beklagte, wie jener behauptet, schon am 4. Mai erklärt hat, er verlange von nun an den gleichen Lohn, denn es ist wenigstens nicht bestritten, daß Kläger um jene Zeit den Schmied Schieber in Käpfnach, einen Verwandten der Familie Knecht beigezogen hat, um den Streit zu schlichten, dieß aber

wäre nicht geschehen, wenn ein Streit nicht bestanden hätte und für eine anderweitige Differenz in jenem Zeitpunkte liegt nichts vor. Der Beklagte hat ferner selbst vorgetragen, daß das ein Deficit von 37 Fr. 64 Rp. zeigende Inventar schon im Mai von ihm aufgenommen worden sei und nicht bestitten, daß er dem Kläger am 29. Mai eine Abschrift davon behändigt habe. Berücksichtigt man nun aber, daß er geltend macht, zur Verweigerung der weitern 100 Fr. Lohn deßwegen befugt gewesen zu sein, weil jenes Deficit von beiden Gesellschaftern zu gleichen Theilen habe gedeckt werden müssen, so wird kaum daran gezweifelt werden können, daß er, wie Kläger behauptet, schon am 29. Mai die volle Lohnauszahlung verweigert hat. Natürlich wäre er nur berechtigt gewesen, die Hälfte des Deficit mit 18 Fr. 82 in Abzug zu bringen, allein in Wirklichkeit hat er wohl auch daran gar nicht gedacht, sondern die Erfüllung seiner Verpflichtung einfach deßwegen verweigert, weil seinem unbegründeten Begehren um völlige Gleichstellung nicht willfahrt werden wollte. Außer allem Zweifel dürfte die Annahme stehen, daß der Beklagte die volle Lohnauszahlung vor Abgang des klägerischen Schreibens vom 31. Mai verweigert hat, denn diese Weigerung wird in dem genannten Brief festgestellt und aus dem Kassabuch ergibt sich, daß Beklagter am 31. Mai 400 Fr. bei der Leihkasse erhoben und davon nur 100 Fr. an den Kläger, dagegen ebenfalls 100 Fr. an sich selbst bezahlte. Diese Auszahlung muß vor dem Brief erfolgt sein und sicherlich hat der Kläger sich schon mündlich dagegen verwahrt.

7. Der citirte Brief enthält aber auch selbst eine ernstliche, formelle und klare Aufforderung an den Beklagten, seinen vertraglichen Verpflichtungen nachzukommen und es kann nicht gesagt werden, daß Kläger darin auch nur in einem Punkte mehr verlangt habe, als wozu er berechtigt war. Allein der Beklagte verweigerte auch jetzt die Erfüllung seiner Verpflichtung, denn wenn derselbe durch seinen Anwalt vortragen läßt: „Dieser Brief veranlaßte meinen Clienten, auch einen schroffernStandpunkt einzunehmen,“ so wird damit eben anerkannt, daß er sich geweigert hat, die darin aufgeführten Begehren, namentlich also die Zahlung eines monatlichen Salairs von 200 Fr. zu erfüllen. Im Uebrigen hat sich bezüglich der weitern Vorfälle nach Empfang dieses Briefes der Beklagte auf die sehr detaillirten Ausführungen des Klägers nur zu einer allgemeinen Bestreitung herbeigelassen. Es ist daher prozeßualisch als anerkannt zu betrachten, daß der Kläger beim I. Vorstand vor Friedensrichteramt am 3. Juni zunächst bloß die im fraglichen Brief enthaltenen Begehren wiederholte und erst als Beklagter sich weigerte, denselben zu entsprechen, beim II. Vorstande die Auflösung der Gesellschaft verlangte, womit übereinstimmt, daß er erst am 9. Juni, als am Tage nach diesem 2. mißlungenen Sühnversuche eine amtliche Anzeige an den Beklagten erließ, daß er vom Gesellschaftsvertrag zurücktrete, sobald die bis dahin bestellten Arbeiten beendigt seien.

8. Der Kläger hat somit alles gethan, was man ihm billigerweise zumuthen konnte, um den Beklagten durch Vorstellungen zur Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtung anzuhalten und zwar selbst dann, wenn er wirklich sofort nach mündlicher Ablehnung der in seinem Briefe vom 31. Mai gestellten Begehren die auf Auflösung gerichtete Klage beim Friedensrichteramt eingereicht hätte, zumal, wenn er dann doch in der Vergleichsverhandlung zum Rückzug gegen Anerkennung seiner in jenem Brief enthaltenen Begehren bereit war. Von ihm zu verlangen, daß er, um die Erfüllung einer ganz klaren Verpflichtung zu bewirken, zuerst Prozeß führe, sei es nun im ordentlichen oder auch nur im sumarischen Verfahren, wäre zu weit gegangen, denn dadurch würde das Recht des Gesellschafters wegen Nichterfüllung wesentlicher vertraglicher Verpflichtungen die Gesellschaft sofort aufzulösen, in allen den Fällen rein illusorisch, wo der vertragsbrüchige Gesellschafter die Verpflichtungen selbst negirt und das kann unmöglich der Sinn des Gesetzes sein. Auch das deutsche Handelsgesetzbuch ist in Ziff. 3 zu Art. 125 nicht so gefaßt, daß man annehmen dürfte, es habe der klagende Gesellschafter unter allen Um-

ständen zuerst gerichtlich festzustellen, daß die wesentliche Verpflichtung, deren Erfüllung sein Mitgesellschafter verweigert, wirklich zu Recht bestehe.

9. Uebrigens ist auch sonst das Verhältniß der beiden Gesellschafter ein unhaltbares geworden, wie dieß selbst der Beklagte anerkennen muß und es ist daher nur noch die Frage zu prüfen, ob nicht der Kläger selbst dieß in höherm Grade verschuldet habe als der Beklagte, denn in diesem Falle könnte allerdings, wie sich das Bundesgericht im Prozesse Dürr ca. Billeter ausgesprochen hat, die Klage nicht geschützt werden.

10. Allein ein Verschulden des Klägers liegt nicht vor. Die erste Instanz findet ein solches mit Unrecht darin, daß der Kläger am 11. Juni den Lehrjungen und Gesellen entlassen hat. Dieß ist nämlich lediglich vom Kläger vorgetragen worden und zwar ohne daraus irgend welche rechtlichen Schlüsse zu ziehen und ohne zuzugeben, daß er damit etwas Anderes gethan, als im Interesse der Gesellschaft mit Rücksicht auf seinen eigenen bevorstehenden Austritt und die Liquidation eine Handlung vorgenommen zu haben, zu welcher er nach Art. 8 des Gesellschaftsvertrages berechtigt war und es hat auch der Beklagte mit keinem Worte diese Thatsache zu seinen Gunsten in Anspruch genommen. Es liegt übrigens auf der Hand, daß diese Entlassung nur dann eine Verletzung der vertraglichen Pflichten des Klägers gewesen wäre, wenn die gehörige Liquidation des Geschäftes eine Fortsetzung der Arbeit durch den Lehrling und Gesellen erfordert hätte, allein das ist vom Beklagten nie behauptet worden und es ist auch nicht einzusehen, wie namentlich die Fortsetzung des Lohndienstverhältnißes mit dem Lehrling dem Geschäfte genützt haben würde, wenn derjenige, der doch einzig diesen Lehrling unterrichten konnte, aus dem Geschäfte austrat. Auch hat der Beklagte gar nie behauptet, daß er durch diese Entlassung geschädigt worden sei.

11. Auch der Ausdruck „Bube“, den der Kläger gegenüber dem Beklagten vor Friedensrichteramt gebraucht haben soll, wäre kein genügender Grund, um ein Verschulden auf seiner Seite anzunehmen, denn wenn auch Kläger damals, als er die in seinem Briefe vom 31. Mai enthaltenen Begehren vor Friedensrichteramt wiederholte und der Beklagte einfach Alles bestritt, in der Aufregung diesen Ausdruck gebraucht haben sollte, so hat er damit bloß das Benehmen seines Gegners in zwar scharfer, aber treffender Weise gekennzeichnet.

12. Unter diesen Umständen ist es nicht nothwendig, auf die weitern, vom Kläger geltend gemachten Auflösungsgründe, wie namentlich die vor dem Friedensrichter und Gemeindammann stattgefundenen Beschimpfungen näher einzutreten.

13. Was den Zeitpunkt der Auflösung anbetrifft, so hat das Obergericht bereits in Sachen Kobi ca. Thalmann, abgedruckt in den handelsgerichtlichen Entscheidungen Jahrgang 85 pag. 140 (siehe auch Entscheidungen des R. O. H. G. XII., S. 98) sich unter Anlehnung an die deutsche Gerichtspraxis dahin ausgesprochen, daß, sobald ein wichtiger Grund zur Auflösung im Sinne des Art. 547 vorliegt, der zur Auflösung Berechtigte seinen Austritt sofort nehmen kann, also nicht den die Auflösung aussprechenden Spruch des Gerichtes abzuwarten braucht. Im vorliegenden Falle hat der Kläger selbst in einer die Interessen einer gehörigen Liquidation der Gesellschaft wahrenden Weise diesen Termin auf den Zeitpunkt der Vollendung der übernommenen Arbeiten hinausgeschoben und es ist daher die Gesellschaft als auf diesen Termin (16. Juni) aufgelöst zu erklären.

14. Die Liquidation hat gemäß Erklärung beider Parteien bereits stattgefunden und es ist daher darüber nichts mehr zu bestimmen.

15. Dagegen ist das zweite Rechtsbegehren der Hauptklage, da nach den früheren Auseinandersetzungen das Verschulden der Auflösung der Gesellschaft den Beklagten trifft, principiell begründet und es ist bloß noch das Quantitativ des dem Kläger dadurch entstandenen Schadens zu bestimmen.

16. Nach dem Gesellschaftsvertrage betrug das feste Salair des Klägers 200 Fr. per Monat, während er nach seiner unbestritten gebliebenen Behauptung etwa 4 Monate lang

nach seinem Austritt aus der Gesellschaft einen Stundenlohn von 55 Rp. hatte, was, den Tag zu 10 Stunden und den Monat zu 26 Arbeitstagen berechnet, einem Monatslohn von 143 Fr. gleichkommt, welcher Lohn sich noch dadurch reduzirt, daß bei schlechter Witterung nicht gearbeitet werden konnte. Der Ausfall per Monat betrug demnach für diese 4 Monate mindestens 240 Fr. Seither scheint derselbe sich verringert zu haben, da der Kläger nach seinem Briefe vom 17. Dezember 1887 jeden Monat 100 Fr. nach Hause schicken kann und es besteht wohl gegründete Hoffnung, daß derselbe mit der Zeit ganz verschwinden wird. Dagegen ist dem Kläger ein weiterer Schaden dadurch entstanden, daß ihm der durch den Gesellschaftsvertrag zugesicherte Antheil am Geschäftsgewinn für die weitern drei Jahre der vereinbarten Gesellschaftsdauer gänzlich entgeht. Ein solcher Gewinn war schon für das erste Gesellschaftsjahr vorhanden, da nach der stattgefundenen gütlichen Liquidation der Beklagte dem Kläger 300 Fr. ausbezahlte, allein es ist nach diesem Resultate ziemlich wahrscheinlich, daß die folgenden 3 Geschäftsjahre bedeutendern Gewinn ergeben hätten. Wenn mit Hülfe des richterlichen Ermeßens dieser entgangene Gewinn und der Ausfall an Lohn zusammen auf 1500 Fr. veranschlagt werden, so dürfte damit so ziemlich das Richtige getroffen sein, zumal die Parteien selbst, wie aus der Bestimmung von Art. 10 des Gesellschaftsvertrages hervorgeht, bei Abschluß dieses Vertages ebenfalls den Nutzen der Gesellschaft für jeden Gesellschafter auf 500 Fr. per Jahr, also auf 1500 Fr. für drei Jahre geschäzt zu haben scheinen.

Vindikation eines Spaarheftes,

gestützt auf Eigenthumserwerb durch Schenkung der einzelnen eingelegten Geldbeträge Seitens der beklagten Besitzerin an die Vindicantin.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 31. Dezember 1887.

Eine Frau hatte die am 28. Juni 1859 geborene außereheliche Tochter ihrer Schwester von ihrem 4ten Lebensjahre an in Pflege genommen und bis sie erwachsen war, wie ihr eigenes Kind auferzogen. Vom Jahre 1875 an half dann die Pflegetochter der Pflegemutter in ihrem Modistengeschäft bis im Februar 1885, in welchem Monat sich dieselbe verheirathete.

Im Jahre 1880 wurde bei der Hypothekarbank in Winterthur *auf den Namen der Pflegetochter* ein Spaarheft angelegt,. Die erste, am 28. Juni 1880 gemachte Einlage beträgt 400 Fr. Die Mutter übergab diesen Betrag am genannten Tage der Tochter und letztere trug ihn auf die Kasse, wogegen sie das auf ihren Namen lautende Spaarheft erhielt. Dieser Einlage folgten dann in den Jahren 1880 bis und mit 1884 noch 14 weitere, jedoch in kleinern Beträgen. Auch alle diese Einlagen trug die Pflegetochter auf die Sparkasse und sie behauptet auch, das Spaarheft ununterbrochen besessen zu haben bis zu ihrer Hochzeit im Februar 1885. Während ihrer Hochzeitsreise soll ihr dann die Pflegemutter das Heft weggenommen haben. Die letztere bestreitet jedoch diese Behauptung und macht im Gegentheil geltend, daß das Spaarheft von Anfang an und ohne Unterbruch in ihrem Besitze gewesen sei. Per 31. Dezember 1886 betrug das Guthaben auf die Spaarkasse 1004 Fr. 55 Rp.

Im März 1887 erhob die Pflegetochter gegenüber ihrer Pflegemutter Klage auf Herausgabe des Spaarheftes, indem sie behauptete, daß ihr die einzelnen Geldbeträge von der letztern geschenkt worden seien, sie dann solche in die Kasse gelegt habe und folglich gewiss auch Inhaberin des dadurch erworbenen Guthabens geworden sei. Eventuell behauptete sie, daß in der Einlage der der Mutter gehörenden Gelbeträge auf ihren, der Tochter Namen in Verbindung mit Besitzesübertragung am Spaarheft eine Schenkung des letztern gefunden werden müsse.

Die Klage wurde gutgeheissen.

Gründe:

1. Es ist der Klägerin nicht gelungen, nachzuweisen, daß der gegenwärtige Besitz

der Beklagten am Spaarheft kein redlicher sei und es muß daher die letztere so lange in diesem Besitze geschützt werden, als die Klägerin nicht ihrerseits nachzuweisen vermag, daß sie ein besseres Recht darauf habe. Die Klägerin macht auch in der That ein solches besseres Recht, nämlich Eigenthum geltend und es frägt sich daher nur, ob ihr dieses Recht auch wirklich zusteht.

2. In dieser Beziehung geht ihr Hauptstandpunkt dahin, daß sie schon an den einzelnen Geldbeträgen, welche sie bei der Hypothekarbank auf dieses Spaarheft einlegte, Eigenthum besessen habe und nur eventuell macht sie geltend, daß die eingelegten Geldbeträge, falls sie der Beklagten gehörten, dadurch in ihr Eigenthum übergegangen seien, daß die Beklagte dieselben auf ihren, der Klägerin Namen bei der Spaarkasse angelegt habe, resp. daß wenn hierin, was auch wirklich nach mehrfachen Praejudizien des Obergerichts verneint werden muß, noch keine Schenckung liegen sollte, dieselbe doch durch eine gleichzeitige oder spätere Uebertragung des Besitzes an dem Spaarhefte vollzogen worden sei.

3. Gelingt es der Klägerin, entsprechend ihrem Hauptstandpunkt, ihr Eigenthum an den einzelnen Geldbeträgen nachzuweisen, so ist auch die Forderung an die Spaarkasse, welche durch die Einlage des Geldes auf ihren Namen an dessen Stelle getreten ist, in ihrem Eigenthum verblieben und es würde die bloße Uebertragung des Besitzes an dem Spaarhefte auf die Beklagte dieser letztern nur dann ein besseres Recht verschaft haben, wenn dieselbe in Folge eines, ein solches Recht begründenden Rechtsaktes, wie Kauf, Schenckung, Verpfändung stattgefunden hätte. Einen solchen Rechtsakt hätte aber die Beklagte zu behaupten und zu beweisen und da sie dies nicht gethan hat, ist der bloße Besitz *in diesem Falle* nicht geeignet, sie gegenüber der Eigenthumsklage der Klägerin zu schützen.

4. Bezüglich der Frage, ob die Klägerin den Beweis hinsichtlich ihres Eigenthums an den einzelnen Geldbeträgen in rechtsgenügender Weise erbracht habe, ist namentlich erheblich, ob ihr dieß bezüglich der ersten und bedeutentsten Einlage von 400 Fr., welche unterm 28. Juni 1880 gemacht wurde, gelungen ist, denn wenn dieß der Fall ist, so bildet diese Thatsache auch wieder ein Beweisindicium dafür, daß bezüglich der folgenden Einlagen das Gleiche anzunehmen sei. In dieser Beziehung ist nun allerdings davon auszugehen, daß der ihr das Eigenthum verschaffende Rechtsakt nur eine Schenkung von Seite der Beklagten gewesen sein kann und sie behauptet auch selbst nichts Gegentheiliges. Da Schenckungen aber nicht zu präsumiren sind, ist es mit diesem Beweise strenge zu nehmen.

5. Trotzdem muß derselbe als durch folgende Indizien geleistet betrachtet werden:

a. die Thatsache, daß der Tag der Einlage mit dem Geburtstag der Klägerin übereinstimmt, was kaum ein Zufall war, sondern, da nicht bestrittten ist, daß die Einlage am gleichen Tag erfolgte, an welchem die Klägerin das Geld von der Beklagten erhielt, deutlich auf die Schenkungsabsicht der letztern hinweist,

b. die genügenden Motive zu einer solchen Schenkung, welche darin liegen, daß die Beklagte, welche sich in guten Vermögensverhältnissen befand, damit ihrer Pflegetochter ihr Wohlwollen und ihre Erkenntlichkeit für geleistete Dienste beweisen wollte,

c. die Thatsache der Besitzesübertragung an dem Gelde selbst auf die bereits volljährige Klägerin, welche sich in Anbetracht der vorigen Indizien nicht wohl durch einen Auftrag erklären läßt, das Geld zwar auf eigenen Namen, aber dennoch auf Rechnung der Beklagten in die Sparkasse zu legen, zumal die Beklagte kein genügendes Motiv für ein solches unter vorliegenden Umständen seltsames Verfahren anzugeben vermag,

d. die von Eduard Säger bezeugte Aeußerung der Beklagten, die Klägerin besitze 1000 Fr. auf der Spaarkasse, welcher die Aussage des Arnold Müller, daß die Beklagte ihm mitgetheilt habe, sie habe ein Spaarheft angelegt als Nothpfenning für *beide,* sie und die Klägerin, nur insoweit entgegensteht, als sie beweist, daß sich die Beklagte über die beidseitigen Anrechte auf dieses Spaarheft im Unklaren befand. Bekanntlich sind

solche Unklarheiten unter nahen Verwandten nicht gar selten, aber da der Richter dieselben, um Recht zu sprechen, lösen muß, so muß er, da gerade dadurch im vorliegenden Falle die Schenkungsabsicht zugestanden wird, in der Uebergabe an die Klägerin auch eine Schenckung und zwar des ganzen Betrages erblicken und kann der möglicherweise vorhandenen stillschweigenden Reservation der Beklagten, daß damit ein Nothpfenning für *beide* geschaffen werden solle, keine rechtliche Bedeutung zuerkennen.

e. Die von der Beklagten zugegebene Thatsache, daß sie ihrem Manne von dieser Einlage sowie von dem Spaarheft überhaupt nie eine Mittheilung gemacht hat, während die Verhältnisse hier nicht so liegen, daß sie Veranlaßung gehabt hätte, ihrem Manne mit Recht einen Teil ihres Vermögens zu verheimlichen.

Ein Theil der bereits bezeichneten Indizien spricht auch für die Schenkung der übrigen Beträge und als Ergänzung des Beweises darf hier noch die Unwahrscheinlichkeit herbeigezogen werden, daß in ein Sparheft, in welchem bereits 400 Fr. lagen, welche der Klägerin gehörten, überhaupt noch Beträge eingelegt worden wären und zwar durch sie selbst, welche nicht ihr, sondern der Beklagten gehören sollten. Uebrigens ist es durchaus nicht unwahrscheinlich, und durch die Aussage der Zeugin Frau Ernst einigermassen belegt, daß auch einzelne Beträge von dem Verdienste der Klägerin herrührten, was wiederum darauf hinweist, daß die Meinung zwischen den Parteien wegen dieses Spaarheftes nicht diejenige war, welche nun im Prozesse von der Beklagten geltend gemacht wird, daß dieß nämlich ein Spaarheft sein solle, welches ausschließlich der Beklagten gehöre und bezüglich dessen sie lediglich die Absicht gehabt habe, es später einmal der Klägerin zu schenken.

Die Klage ist daher gutzuheißen und die Beklagte zu verpflichten, das streitige Spaarheft an die Klägerin herauszugeben,

---

Schenkung.

Der Schenkungswille (die Absicht, dem Andern wirklich eine Liberalität zu erweisen) als Voraussetzung derselben.

(Obergericht Zürich, Appellationskammer, 28. Dezember 1887.)

Ein Hauseigenthümer ließ mit Bewilligung der zuständigen Polizeibehörde das Kamin ausbrennen. Bei diesem Anlaß entstand ein Brand, welcher den Dachstuhl und einen Theil des obersten Stockwerkes zerstörte. Einem Miether waren verschiedene Gegenstände, die er in seinem, auf dem Estrich befindlichen Holzbehälter aufbewahrt, aber nicht versichert hatte, verbrannt und als er nun darüber jammerte, versprach ihm der Hauseigenthümer und Vermiether Ersatzleistung des aus dem Verbrennen der fraglichen Fahrhabegegenstände entstandenen Scha dens Nachher wollte er indessen dieses Versprechen nicht mehr halten und der Miether belangte ihn deßhalb auf Erfüllung. Das Bezirksgericht wies die Klage ab, davon ausgehend, daß sich das Versprechen des Beklagten, da er sich *ohne jede rechtliche Verbindlichkeit* zur Schadenersatzleistung verpflichtet habe, als ein Schenkungsversprechen darstelle, dieses aber, weil nur mündlich und nicht schriftlich gegeben, gemäß § 1091 des P.-R. G.-B. eine Erfüllungsklage nicht zu begründen vermöge.

Anderer Ansicht war die zweite Instanz, sie erklärte das Schadenersatzversprechen des Beklagten für ein allseitig verbindliches und schützte desshalb die Erfüllungsklage.

Gründe:

Zu dem erwähnten Versprechen hat sich der Beklagte offenbar nicht herbeigelassen in der Absicht, dem Kläger eine Schenkung zu machen. Wenn auch die geführte Strafuntersuchung nicht herausgestellt hat, daß der Ausbruch des Brandes dem Beklagten als Vergehen zur Last falle, so zeigen die Akten derselben wenigstens so viel, daß das Kamin, von welchem aus die obern Theile des Gebäudes in Brand geriethen, und die nächste Umgebung des Kamins nicht in gehöriger

Weise beschaffen waren. Es liegt daher nahe, daß dem Beklagten das Gefühl sich aufdrängte, wegen dieses Mangels, welchem abzuhelfen seine Sache gewesen wäre, falle ihm wenigstens die moralische Verpflichtung zu, den Kläger unter den Folgen des Unfalles nicht leiden zu lassen, sondern diese als seine Schuld auf sich zu nehmen.

Konkurrenzverbot.

Frage nach der Gültigkeit und dem Inhalte desselben.

(Auszug aus einem schiedsgerichtlichen Urtheil vom 17. Oktober 1887.)

Ein Kaufmann, der sein Geschäft viele Jahre mit dem besten Erfolg betrieben und sich dabei ein ansehnliches Vermögen erworben hatte, verkaufte das erstere, nachdem er älter geworden war, an eine Kollektivgesellschaft, die sich eigens zum Zwecke der Uebernahme und des Weiterbetriebs seines Geschäftes constituirt und deren eine Antheilhaber von zweien der langjährige Prokurist des Verkäufers war. In Artikel 5 des Kaufvertrages wurde bestimmt: „Vom Tage der Abtretung an darf sich R. unter keinem Titel weder mit Ankauf noch mit Verkauf derjenigen Artikel befassen, mit welcher sich die Gesellschaft beschäftigt." Der Verkäufer verpflichtete sich ferner, der neuen Firma ein Kapital bis zum Betrage von 50 à 60,000 Frk. à 4½ % verzinslich zur Disposition zu halten.

Etwa anderthalb Jahre nach diesem Vertragsabschluß entstanden Differenzen zwischen den Kontrahenten, die das bisherige gute Verhältniß empfindlich störten und ein weiteres Halbjahr später konstituirte sich in einer benachbarten Ortschaft eine Kollektivgesellschaft zum Betriebe eines Handelsgeschäftes in den durchaus gleichen Artikeln. Der eine Antheilhaber dieser Gesellschaft ist ein Verwandter des Verkäufers der ersterwähnten Firma und ein ehemaliger Angestellter der letztern. Der von den Antheilhabern der Konkurrenzfirma abgeschlossene Gesellschaftsvertrag enthält unter anderm folgende Bestimmung: „Da nach genauerer Ueberlegung die erwähnten Kapitaleinlagen (diejenigen der Gesellschafter von zusammen bloß 22,000 Fr.) zur Führung eines anzustrebenden Engros-Geschäftes als unzureichend erschienen sind, so hat sich auf Ansuchen Herr R. bereit erklärt, als Commanditair mit einem Kapital von 30,000 Fr. in baar für die Dauer von 5 Jahren beizutreten, welchem Ansuchen er sich auch unterschriftlich verpflichtet und die erwähnte Einlage bei Beginn der Societät sofort einschießen wird." Dabei ist eine Verzinsung der Commanditeinlage zu 4½ % vorgesehen. In dem die Geschäftseröffnung anzeigenden Circulare sagte die neue Firma: „R. ist unser Commanditär für einen namhaften Betrag und wird uns derselbe überdieß in verdankenswerther Weise mit seiner während einer Reihe von Jahren auf dem gleichen Gebiete gesammelten Erfahrungen zur Seite stehen."

Das Konkurrenzgeschäft machte sich bald in unangenehmer Weise fühlbar und es glaubten die Inhaber der Eingangs erwähnten Firma dieß namentlich auch der persönlichen Bethätigung ihres Verkäufers am Geschäftsbetrieb zuschreiben zu dürfen. Ueberdieß waren sie der Meinung, daß schon die einfache Betheiligung des letztern als Commanditaire am Konkurrenzgeschäft eine Uebertretung des Art. 5 ihres Kaufvertrages enthalte. Sie stellten deßhalb vor dem vertraglich vorgesehenen Schiedsgericht das Rechtsbegehren, daß erkannt werde, es sei der Beklagte gemäß dem bestehenden Vertrage nicht berechtigt, den Klägern in denjenigen Handelsartikeln, welche dieselben in ihrem Geschäfte führen, in direkter oder indirekter Weise Konkurrenz zu machen, *speziell sich in geschehener Weise bei einem Konkurrenzgeschäft zu betheiligen* und es sei demnach dem Beklagten diese Betheiligung sowie jede andere gleichbedeutende Unternehmung gerichtlich untersagt.

Die Klage wurde gutgeheißen.

Gründe:

1. Der Art. 31 der Bundesverfassung hat nicht den Sinn einer Einschränkung der Vertragsfreiheit der Personen.

2. Auch ein unbeschränktes Konkurrenzverbot kann nicht immer und unter allen Umständen als gegen die gute Sitte verstoßend betrachtet werden und es lassen namentlich im vorliegenden Falle die Verhältnisse, unter denen das Konkurrenzverbot eingegangen wurde, dasselbe keineswegs als unsittlich erscheinen, wenn berücksichtigt wird, daß der Beklagte das Verbot ersichtlich deßwegen eingegangen hat, weil er sein Auskommen auch ohne weitere Bethätigung in dieser Branche zu finden sicher war und er seinem frühern Prokuristen Sch. einen ersprießlichen Geschäftsbetrieb sichern wollte.

3. Was den Inhalt des Konkurrenzverbotes betrifft, so ist derselbe dahin festzustellen, daß unter dem Verbot: „sich weder mit Annoch Verkauf der vom klägerischen Geschäfte geführten Artikel zu befassen" nicht nur das Verbot, sich persönlich mit Kaufsabschlüssen zu befassen, sondern auch das Verbot verstanden ist, in irgend welcher Form, sei es als Einzelkaufmann, sei es als unbeschränkt oder beschränkt haftender Gesellschafter in den betreffenden Artikeln Handel zu treiben, beziehungsweise an einem Handelsgeschäft, das sich mit dem Vertrieb dieser Artikel befaßt, theilzunehmen.

4. Auf Grund dieser Feststellung des Vertragsinhalts (Art. 5) ist davon auszugehen, daß in der Betheiligung des Beklagten als Commanditär bei dem Konkurrenzgeschäfte der Firma F. F. & Cie. in A. eine Uebertretung des Konkurrenzverbotes liegt und zwar um so mehr, als sich aus dem Commanditvertrag und Geschäftscircular ergibt, daß Etablirung und Betrieb des Konkurrenzgeschäftes nur mit der finanziellen Unterstützung des Beklagten möglich waren und in letzterer Beziehung auch eine *geschäftliche* Unterstützung durch den Beklagten in Aussicht genommen worden ist.

Daraus ergibt sich, daß die Kläger zur Stellung des ersten Rechtsbegehrens befugt sind und dasselbe auf Grund von Art. 12 des O.-R. auch gutgeheißen werden muß.

Literarisches.

Dr. Arnold Janggen. Die Compensation nach schweizerischem Obligationenrecht. Zweite verbesserte Auflage. Bern, Buchdruckerei Paul Haller, 1888.

Der Verfasser beginnt sein Werk mit einer geschichtlichen Darstellung. Er bespricht die Compensation im römischen Recht und zwar zunächst ihre geschichtliche Entwicklung bis Justinian und sodann ihre Gestaltung nach justinianischem Recht. Ferner wirft er einen historischen Rückblick auf die schweizerischen Verhältnisse, wie sie vor Inkrafttreten des Obligationenrechts bezüglich der Compensation nach den kantonalen Gesetzgebungen bestanden haben und schließt den geschichtlichen Theil mit einer kurzen Ausführung über die Entstehung der die Compensation im Obligationenrecht regulirenden Art. 131—139 und über das zeitliche Geltungsgebiet dieser Gesetzesbestimmungen. In der dogmatischen Darstellung hält der Verfasser auseinander die gesetzliche einseitige Compensation, von der die genannten Gesetzesstellen ausschließlich handeln und die vertragsmäßige Compensation. Bezüglich der erstern werden zunächst die Voraussetzungen der Compensation nach ihrer subjektiven Seite (Gegenseitigkeit der Forderungen) besprochen und dabei namentlich auch die Frage untersucht, wie es sich mit der Compensation bei Gesellschaftsverhältnissen verhalte. Obgleich der Verfasser der Collektivgesellschaft nicht nur den Charakter einer *reinen* juristischen Person abspricht, sondern auch die Ansicht verwirft, daß dieselbe eine sogenannte *relativ* juristische Person (d. h. juristische Person nach außen und Societät nach innen) sei, gelangte er gleichwohl zu dem Schlusse, daß die unter einer Firma belangte Gesammtheit der Gesellschaftsmitglieder, nur mit Forderungen, welche wiederum der Gesammtheit zustehen, nicht aber mit Privatforderungen einzelner Gesellschafter compensiren könne und daß ebenso die letztern, wenn sie für Privatforderungen belangt werden, dem Ansprecher nicht eine Forderung der Gesellschaft compensando

gegenüberstellen können. Die Konstruktion ist die, daß der Verfasser sagt, das sogen. „Gesellschaftsvermögen“ sei aufzufassen als ein durch Einlagen der Mitglieder aus ihrem Privatvermögen gebildeter Handelsfonds, welcher ausdrücklich für die Gesellschaftszwecke verwendet werden soll und daher der freien Disposition der einzelnen Mitglieder entzogen sei, woraus von selbst folge, daß der Vertreter, der keine Privatforderung habe, mit einer solchen des Mitgesellschafters deßwegen nicht compensiren könne, weil ihm für Gesellschaftszwecke nur das Gesellschaftsvermögen, nicht aber die Privatforderung eines Mitgliedes zustehe und der Vertreter, der Inhaber einer Privatforderung sei, mit dieser von der Compensation ausgeschlossen bleibe, weil hier der Gläubiger nicht ihn, sondern die Gesammtheit, die er vertrete, das Gesellschaftsvermögen belange, während der Compensation des für eine Privatforderung belangten Gesellschafters mit einer Forderung der Gesellschaft, wiederum die Natur des Gesellschaftsvermögens als eines der Disposition der Einzelnen zu Privatzwecken entzogenen Vermögens entgegenstehe. (Art. 571, 2 des O.-R.) Die Compensation mit der Forderung eines Dritten wird auch für den Fall ausgeschlossen, als dieser damit einverstanden ist, weil auch dann das Requisit der Gegenseitigkeit von Gläubiger- und Schuldnerqualität fehlt, zumal in der bloßen Ueberlassung zur Compensation nicht schon eine Cession der Forderung erblickt werden kann. Will deßhalb der Vertreter einer belangten Collektivgesellschaft mit einer Privatforderung seines Associé compensiren, so genügt die Zustimmung zur Compensation Seitens des letztern nicht, sondern er muß seine Forderung förmlich an die Gesellschaft (ins Gesellschaftsvermögen) cediren. Nach ausführlicher und klarer Besprechung der Modifikationen des Grundsatzes „der Gegenseitigkeit der Forderungen“: *a.* bei der Bürgschaft und *b.* bei der Cession“ geht der Verfasser über auf die Darstellung der objektiven Erfordernisse der Compensation als da sind die Rechtsbeständigkeit, die Fälligkeit und Gleichartigkeit der Forderungen. Das Erforderniß der Liquidität der zur Compensation verstellten Gegenforderung verneint der Verfasser in dem Sinne, daß der Richter die Compensationseinrede unbedingt zulassen und materiell prüfen muß, so bald sie der betreffenden Prozeßordnung zufolge rechtzeitig geltend gemacht worden ist. In drei weitern Abschnitten werden die Compensation im Konkurs, der Ausschluß der Compensation (Art. 132) der Verzicht auf dieselbe und die Geltendmachung und Wirkung derselben behandelt. Den Schluß bilden Ausführungen über den Compensationsvertrag. Die Arbeit ist eine durchaus selbständige, klare, wohldurchdachte und erschöpfende. Der Verfasser geht überall auf die Ratio legis zurück, zieht Vergleichungen mit andern Rechten und citirt neben Ansichtsäußerungen juristischer Autoritäten, die er entweder billigt oder bekämpft, auch Entscheidungen der Gerichte. Wir sind überzeugt, daß das Buch Jeden, der es mit Muße durchgeht, befriedigt und dem Richter wie dem Advokaten gleich unentbehrlich ist.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. März 1888. VII. Band. № 4.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Competenz-Entscheid
des
Handelsgerichtes Zürich
vom 2. Dezember 1887
in Sachen
des *Karl Furrer-Bachmann* in Enge, Klägers,
gegen
Heinrich Appenzeller-Moser in St. Gallen, Beklagten,
betreffend Forderung.

Thatsächliches:

A. Die Parteien betrieben seit Juli 1883 als Collectivgesellschafter unter der Firma Appenzeller & Furrer ein Papier- und Kartongeschäft en gros mit Hauptniederlaßung in Zürich und Zweigniederlaßung in St. Gallen. Am 25. März 1886 vereinbarten dieselben die Auflösung der Gesellschaft auf den 1. Oktober gleichen Jahres und bestimmten hinsichtlich der Liquidation, daß Appenzeller das ganze Geschäft der Societät mit dem genannten Auflösungstermin in Aktiven und Passiven übernehme, das aus dieser Geschäftsübernahme für Furrer resultirende Guthaben auf Grund der Bücher und einzelner gleichzeitig vertraglich normirter Abrechnungsgrundsätze auf den nämlichen Termin festgestellt und sofort nach dieser Feststellung bis auf den Restbetrag von 20,000 Fr. bezahlt werden soll. Auf den von Appenzeller übernommenen Geschäftsguthaben entstehende Verluste sollten gemeinsam getragen, also die Hälfte von Furrer ersetzt werden, indessen wurden verschiedene, den zeitlichen Untergang dieser Mithaftpflicht des Furrer feststellende Bestimmungen aufgenommen und im fernern vereinbart, daß wenn als dubios abgeschriebene Guthaben, an welche Furrer seinen Antheil ersetzt habe, später dennoch eingehen sollten, Appenzeller den empfangenen Beitrag an Furrer zurückerstatten müsse. Bezüglich der Zahlung und Verzinsung der erwähnten Restauskaufssumme von 20,000 Fr. bestimmt der Auflösungsvertrag:

1. Diese Summe ist vom 1. Oktober 1886 an à 10 % p. a. zu verzinsen und zwar in halbjährlichen Raten mit erstem Jenner und erstem Juli jedes Jahres. Mit dem 1. Jenner 1887 ist der Marchzins vom Zinsanfangstermine an zu ordnen.

2. 10,000 Fr. sind ohne Kündigung mit Ende Dezember 1887 und

3. 10,000 Frkn. auf eine beiden Theilen vom 1. April 1888 an täglich freistehende halbjährliche Kündigung hin zu entrichten.

B. Appenzeller-Moser beabsichtigte anfänglich, das übernommene Geschäft nur noch in St. Gallen, Vadianstraße 3, fortzusetzen, das

Zürcher Geschäft also aufzuheben und davon wurde denn auch sowohl in den Geschäftscircularen als in den Handelsregistereinträgen betreffend die Auflösung der alten und Gründung der neuen Firma „Appenzeller-Moser“ Vormerk genommen. Später änderte er aber diesen Entschluß und setzte das Zürcher Geschäft vom 1. Jenner 1887 an als Filialgeschäft fort, ins zürcherische Handelsregister wurde indeß diese Geschäftseröffnung erst am 3. März 1887 eingetragen.

C. Der ausgetretene Gesellschafter Furrer stellte gemäß dem Auflösungsvertrage vom 25. März 1886 auf Ende September gl. Js. eine Gesellschaftsrechnung, welche ein Guthaben zu seinen Gunsten im Betrage von 44,361 Fr. 70 ergab. Daran bezahlte Appenzeller-Moser am 28. September und 5. Oktober 1886 24,361 Fr. 70 und stellte, — wiederum gemäß Inhalt des Auflösungsvertrages, — für den Rest von 20,000 Fr. ein Obligo aus, in welchem jedoch die Schuldpflicht nur mit Vorbehalt des Richtigbefindens der Abrechnung anerkannt wird.

D. Am 2. März 1887 reichte Furrer-Bachmann gegen Appenzeller-Moser hierorts Klage ein über die Frage, ob ihm der letztere nicht außer den bereits schuldigen 20,000 Franken nebst Zinsen weitere 3771 Fr. 12 als Hälfte von 7542 Fr. 25, dem Geschäfte aus dem Verkehr der St. Galler Filiale mit dem Papierfabrikanten Harder in Degenau nicht gutgebrachter Einnahmen und 2021 Frkn. 50 als Hälfte von 14 in der Bilanz pro Ende September 1885 enthaltener, durchaus unbegründeter Ausgabeposten bezahlen müsse.

Die Competenz der dießseitigen Stelle zur Beurtheilung der erwähnten Klage stützte Kläger damals einerseits auf die Behauptung, daß der Beklagte als Inhaber des hiesigen Filialgeschäftes auch in Zürich einen Wohnsitz habe und folglich gemäß § 210 Ziff. 6 des Rechtspflegegesetzes auch hier belangt werden könne und anderseits auf das Vorbringen, daß es sich um Streitigkeiten aus dem bestandenen Gesellschaftsverhältniß handle, der Beklagte aber bezüglich solcher in Zürich Domicil genommen habe, was sich aus Art. 8 des Gesellschaftsvertrages vom 1. Juli 1883 ergebe, woselbst bestimmt ist: „Allfällig entstehende Streitigkeiten zwischen den Contrahenten müssen vor das Forum des Zürcher Handelsgerichtes gebracht werden und wäre in einem solchen Falle sofortige Liquidation des Geschäftes unter den Bedingungen des § 6 anzuordnen.“ Mit Beschluß vom 1. April 1887 erklärte sich das Handelsgericht trotz der Protestation des Beklagten für zuständig, davon ausgehend, daß bezüglich der in Frage stehenden Streitigkeiten in der That eine vertragliche Domizilerwählung des Beklagten vorliege, womit die örtliche Zuständigkeit gegeben sei, währenddem die sachliche aus dem § 102 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes folge. Die Klage selbst wurde dann durch Urtheil vom 2. Oktober 1887 als materiell unbegründet abgewiesen.

E. Mittelst 2 Weisungen des Friedensrichteramtes Zürich von 30. August und 5. November 1887 und Klageschrift vom 16. gl. Mts., hierorts eingegangen am 21., reicht nun Furrer-Bachmann gegen Appenzeller-Moser neuerdings Klage ein. Nach der ersten Weisung verlangt er Condemnation des Beklagten zur Bezahlung von 500 Fr. als mit Ende Dezember 1886 und von 1000 Fr. als mit Ende Juni 1887 verfallenem Zins von dem 20,000 Fr. betragenden Obligo, d. d. 1. Oktober 1886 nebst 5 % Verzugszinsen und in der zweiten Weisung werden 660 Fr. 15 Rp. nebst Zins à 5 % verlangt. In der Klageschrift ist diese letztere Summe wie folgt spezifizirt:

1) 27 Fr. 75, Gutschrift des Beklagten zu Gunsten des Klägers vom 29. Oktober 1886.
2) 260 Fr. 60, Gutschrift des Beklagten zu Gunsten des Klägers laut Schreiben vom vom 21. Dezember 1886.
3) 200 Fr., Hälfte eines Guthabens von 400 Fr. auf Leonz Staubli, Vater & Sohn.
4) 8 Fr. 65; 49 „ 10; 3 „ 85; 18 „ —; 57 „ 30 — Gutschrift zu Gunsten des Klägers laut Rechnung des Beklagten per Ende Januar 1887.
5) 35 Fr. —, Hälfte des Werthes von 5 Firmatafeln, welche der Beklagte an sich gezogen haben soll.

„Hieran (also an die 660 Fr. 15), — wird in der Klageschrift gesagt, — hat der Beklagte am 28. Juni 1887 71 Fr. 90 Rp. bezahlt.

F. Der Beklagte hat die Zuständigkeit des Handelsgerichtes zur Behandlung und Entscheidung der aufgeworfenen Streitfragen schon vor Friedensrichteramt bestritten. Der klägerische Vertreter behauptet aber in der Klageschrift, daß diese Bestreitung aus den nämlichen Gründen unhaltbar sei, welche zur Anhandnahme des früheren Prozeßes durch das Handelsgericht geführt haben.

G. Für den Beklagten begründet Advokat Suter in St. Gallen die gestellte Inkompetenzeinrede mit der Ausführung, daß die vorliegende Klage nicht aus dem Gesellschaftsvertrag vom 1. Juli 1883, sondern aus dem Auflösungsvertrag vom 25. März 1886 abgeleitet, deßhalb die im erstern enthaltene Domizilclausel hier nicht angerufen und die Gerichtspflichtigkeit des Beklagten vor dem Handelsgericht auch nicht aus seinem hierseitigen Geschäftsdomicil hergeleitet werden könne, weil die Ansprüche des Klägers mit dem Betrieb des Filialgeschäftes an der Augustinergasse in keinerlei Zusammenhang stehen.

Entscheidungsgründe:

1. Die Hauptfrage ist auch hier, wie im frühern Prozeße diejenige nach der örtlichen Zuständigkeit des Handelsgerichtes und nun ist vor Allem aus so viel klar, daß diese weder aus der Zif. 6 noch aus der Zif. 5 des § 210 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes hergeleitet werden kann, weil der Beklagte nur *ein* bürgerliches Domicil und zwar in St. Gallen hat, sein hiesiges Geschäftsdomicil aber deßwegen außer Betracht fällt, weil die Klage mit dem hierorts betriebenen Geschäfte in keinerlei Zusammenhang steht (siehe die Ausführungen in Erwägung 2 des dießseitigen Competenzbeschlusses vom 1. April 1887).

2. Nun macht aber der Kläger auch hier, im Einklang mit dem von ihm im frühern Prozeße eingenommenen Standpunkt eine vertragliche Domicilerwählung des Beklagten geltend, diese Auffassung ist indessen jedenfalls zunächst insofern durchaus unhaltbar, als die Klage auf Bezahlung der 1500 Fr. betragenden Zinsen des restirenden Ausrichtungskapitals von 20,000 Fr. gerichtet ist, denn dießfalls handelt es sich nicht um eine Streitigkeit aus der bis zum 1. Oktober 1886 bestandenen gesellschaftlichen Verbindung, wie sie der die Domicilerwählung statuirende § 8 des Gesellschaftsvertrages vom 1. Juli 1882 im Auge hat. Die 20,000 Fr. bilden den Rest der auf Grund und durch den Auflösungsvertrag festgestellten Auskaufssumme und es ist demnach der Anspruch auf ihre Zahlung nicht sowohl ein Anspruch aus der Gesellschaft als vielmehr ein Anspruch aus dem Auflösungsvertrag. Die durch den Gesellschaftsvertrag begründete gesellschaftliche Verbindung gewährte auf den Fall der Gesellschaftsauflösung einfach einen Liquidationsanspruch im Allgemeinen, nicht aber den Anspruch auf Uebernahme des ganzen Geschäftes durch den einen Associé und Bezahlung einer bestimmten Auskaufssumme durch den andern. Dieser Anspruch ist vielmehr erst durch den Auflösungsvertrag begründet worden und es bildet somit dieser und nicht der Gesellschaftsvertrag den Rechtstitel für denselben. Noch viel weniger aber ist die streitige Zinsenforderung eine solche aus dem Gesellschaftsvertrag resp. aus der durch diesen begründeten gesellschaftlichen Verbindung, denn sie wird aus dem Titel des Vertrages abgeleitet und dieser Vertrag ist überall nicht der Gesellschaftsvertrag, sondern der Auflösungsvertrag in Verbindung mit dem, in dem ausgestellten Obligo bekundeten speziellen Schuldvertrag. Die in dem § 8 des Gesellschaftsvertrages ausgesprochene Domicilerwählung bezieht sich nicht und kann sich nicht beziehen auf die hier in Frage stehende Streitigkeit über einen erst durch den Auflösungsvertrag vom 25. März 1886 und den Schuldvertrag vom 1. Oktober gl. J. begründeten Anspruch, diese Titel selbst aber sehen eine Domicilerwählung hinsichtlich der aus ihnen entstehenden Streitigkeiten nicht vor. Fehlt es aber an einer solchen, so mangelt es überhaupt an einem Domicil des Beklagten bezüglich dieser Streitigkeit im Kanton Zürich und ist demnach die örtliche Competenz des Handelsgerichtes nicht begründet,

zumal auch ein anderer, das Recht des Beklagten auf Belangung an seinem Wohnort (Art. 59 der Bundesverfassung) ausschließender Gerichtsstandsgrund nicht vorliegt. Die auf Bezahlung der 1500 Frkn. betragenden Zinsforderung des Klägers gerichtete Klage muß demnach wegen Inkompetenz des Handelsgerichtes von der Hand gewiesen werden.

3. Etwas zweifelhafter ist nun allerdings die Frage bezüglich der 660 Fr. 15 Rp., allein da auch hier die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichtes nur aus einer *vertraglichen Domizilerwählung* des Beklagten hergeleitet werden könnte, so muß die Competenzfrage auch hier verneint werden, sobald der dießfalls beweispflichtige Kläger nicht gezeigt hat, daß diese Domicilerwählung bezüglich eines die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichtes begründenden Betrages von über 500 Fr. vorliege und dieß ist nicht der Fall. An die 660 Fr. 15 sind laut Klageschrift schon am 28. Juni d. Js., also noch vor der Klageinleitung 71 Fr. 90 bezahlt worden und erreicht somit die Streitsumme bloß noch den Betrag von 588 Fr. 25, denn die Verzugszinsen fallen als laufende nicht in Betracht (§ 228 des R.-Ges.). Eine Reihe von Posten leitet der Kläger einfach aus einer Gutschrift des Beklagten ab, ohne auch nur zu behaupten, daß er dieselben ohnedieß und zwar aus dem ehemals bestandenen Gesellschaftsverhältnisse zu fordern hätte und wirklich fordere, kann aber hienach als Klagegrund nur die Anerkennung gelten, so liegt eben nicht ein Streit aus dem Gesellschaftsvertrag bezw. aus der durch diesen begründeten gesellschaftlichen Verbindung, sondern lediglich aus dem speziellen Verpflichtungsgrund der Schuldanerkennung vor und fällt in diesem Falle auch die Domicilclausel außer Betracht. Angesichts der Thatsache, daß Kläger sein Guthaben auf Grund des Auflösungsvertrages selbst ausgerechnet und ohne jeden Vorbehalt fixirt hat, ist es nicht auffallend, wenn er der Ansicht ist, wenigstens bezüglich derjenigen Posten, nur noch den Titel der Anerkennung geltend machen zu können, die schon zur Zeit der Abrechnung pro Ende September 1886 aus den Büchern ersichtlich waren, und daß dieß nicht der Fall gewesen sei soweit nur die Gutschrift des Beklagten angerufen wird, zeigen die Akten nicht. Zieht man diese Posten von den 588 Fr. ab, so sinkt die Summe weit unter den die handelsgerichtliche Competenz begründenden Betrag von 500 Fr. Ferner scheinen die 49 Fr. 10, die Rückforderung einer Zahlung Furrers an ein s. Z. als dubios abgeschriebenes, später aber eingegangenes Guthaben zu representiren, in welchem Falle der Anspruch nur aus dem Auflösungsvertrag abgeleitet werden kann. Auch die in der Post von 260 Fr. 50 inbegriffenen 51 Fr. 50 für Mobiliar scheinen ihren Grund im Auflösungsvertrag (Art. IV) zu haben, diese beiden Posten allein aber reduziren die Streitsumme unter 500 Fr. Genug, es ist nicht dargethan, daß von den hier noch streitigen 588 Fr. 25 ein Betrag von 500 Fr. aus dem frühern gesellschaftlichen Verhältniß und nicht aus andern Titeln, wie dem Auflösungsvertrag oder speziellen Schuldanerkennungen hergeleitet wird, im Zweifel aber muß für den natürlichen Gerichtsstand des Wohnortes eines Beklagten entschieden werden.

Schluss:

Die Klage wird wegen Inkompetenz des Handelsgerichtes von der Hand gewiesen.

Schadenersatzklage

eines Aktionärs gegenüber den Erben des ehemaligen Subdirektors der Gesellschaft. Frage der Activlegitimation. Einrede des Untergangs eines allfälligen Anspruches in Folge Nichtanmeldung ins öffentliche Inventar. Auslegung des § 2002 des zürch. Privatrechtlichen Gesetzbuches etc.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 22. November 1887.

Ein Aktionär der Lloyd-Rückversicherungsgesellschaft belangte die Erben des frühern Subdirektors Busch auf Vergütung desjenigen Schadens, der ihm durch den im Dezember 1882 vorgenommenen Ankauf von drei Aktien genannter Gesellschaft entstanden sei. Als

solchen Schaden bezeichnet er einerseits den Ankaufspreis von 30 Fr. per Stück Aktien gleich 90 Fr., weil er denselben für einen nicht vorhandenen Werth verausgabt habe und anderseits die Gesammtsumme der vom 1. Juni 1883 bis 31. Mai 1884 verlangten und von ihm geleisteten sechs Einzahlungen von zusammen 1800 Fr., weil dieß eine rein verlorene, durch den Aktienerwerb veranlaßte Auslage sei. Die Haftpflicht des Busch für diesen Schaden wurde auf die Behauptung gestützt, daß Kläger durch die *von ihm* und dem ehemaligen Direktor Lengsdorf erstellten, angeblich wissentlich falschen Jahresabschlüsse und den durch ihre Verbreitung nach außen erweckten trügerischen Schein einer guten finanziellen Situation der Lloydgesellschaft speziell durch die in Folge dieser Manipulation bewirkte Steigerung des Aktienkurses, in einer Zeit, in welcher die Gesellschaft längst Millionen über die einbezahlten 500,000 Fr, hinaus verloren gehabt, der Aktienbesitz also nicht nur kein Aktivum, sondern ein Passivum representirt habe, also durch Dolus von Busch und Lengsdorf zum Erwerb der Titel veranlaßt worden sei.

Die Erben Busch bestritten dem Kläger die Aktivlegitimation, weil eine allfällige Haftpflicht ihres Erblassers nur gegenüber der Gesellschaft als solcher, nicht aber gegenüber den einzelnen Aktionären bestehen könne. Die Haupteinrede war indessen diejenige des Untergangs eines allfällig vom Kläger erworbenen Schadenersatzanspruches in Folge Nichtanmeldung desselben in das den Erben Busch unterm 8. Januar 1885 bewilligte öffentliche Inventar. Dem gegenüber versuchte der Kläger, wenigstens erstinstanzlich, zunächst den Standpunkt einzunehmen, daß in der von der Gesellschaft selbst erfolgten Forderungsanmeldung (3,198,945 Fr. 79 Rp.) auch die Anmeldung des streitigen Anspruchs inbegriffen sei. Dann aber machte er, sich auf den Wortlaut des § 2002 des P.-R. G.-B.: „Alle nicht angemeldeten Schuldforderungen . . . sind gegenüber den Erben, *welche die Erbschaft auf Grundlage des Inventars übernommen haben,* als erloschen zu betrachten" berufend, geltend, daß die Nichtanmeldung den Untergang des Anspruchs deßwegen nicht zur Folge gehabt, weil die Erben Busch den Nachlaß auch zur Stunde noch nicht angetreten haben. Richtig ist, daß ein definitiver Antritt noch nicht stattgefunden hat. Der Grund liegt darin, daß die beiden Loydgesellschaften zusammen eine Forderung von rund 11½ Millionen im Inventar angemeldet haben, dieser Anspruch bestritten und den Erben Busch bis zur Erledigung des bezüglichen Streites die Deliberationsfrist gemäß § 2006 des P.-R. G.-B. erstreckt worden ist. Am 28. April 1887 haben zwar die beiden Gesellschaften sowohl mit den Erben der beiden ehemaligen Direktoren als mit den frühern Verwaltungsräten und Rechnungsrevisoren einen Vergleich abgeschlossen, wonach eine Gesammtentschädigungssumme von 1½ Millionen bezahlt werden soll, die Erben Busch haben aber dabei den Vorbehalt gemacht, daß dieser Vergleich wieder dahin falle, wenn ein einzelner Aktionär innerhalb Jahresfrist mit Erfolg klagend gegen sie auftreten sollte. Die Beklagten verweisen in dem Sinne auf diesen Thatbestand, daß wenn die Klage geschützt würde, der Vergleich dahinfallen und sie die Erbschaft ausschlagen müßten, während der Antritt für den Fall der definitiven Wirksamkeit des Vergleiches schon längst eine ausgemachte Sache sei, was schon daraus hervorgehe, daß sie ihren Antheil an der Vergleichssumme von 1½ Millionen Fr. deponirt haben und für den Fall der Wirksamkeit des Vergleiches natürlich nicht mehr zurückziehen können. Eventuell machte der Kläger den § 2004 des P.-R. G.-B. geltend, welcher lautet: „Forderungen, deren Dasein erst nach Ablauf der Anmeldungsfrist ersichtlich wird, können auch nachher noch von den Gläubigern gegen die Erben geltend gemacht werden, jedoch nur insoweit, als die Erben in der Erbschaft Ersatz gefunden haben." Er suchte auszuführen, daß das Dasein des streitigen Anspruchs erst lange nach Ablauf der Anmeldungsfrist ersichtlich gewesen sei und die Erbschaft zur Deckung der Klageforderung ausreiche. Weiter eventuell wurde Wiederherstellung gegen die Verwirkung des Anspruchs verlangt (§ 2003 des P.-R. G.-B.).

Die Klage wurde abgewiesen.

Gründe:

1. Es ist vor Allem aus zu betonen, daß die Klage sowohl nach ihrer erstinstanzlichen Fundirung als namentlich auch nach der heutigen Appellationsbegründung weder auf ein vertragliches Verschulden des ehemaligen Subdirektors Busch gestützt noch aus der Eigenschaft des Klägers als Aktionär der Lloyd-Rückversicherungsgesellschaft beziehungsweise aus der ihm in Folge dieser Eigenschaft erwachsenen Schädigung abgeleitet wird. In beiden Richtungen wäre denn auch die Frage der Aktivlegitimation entschieden zu verneinen, in der erstern deßhalb, weil Busch wohl zur Aktiengesellschaft als juristischer Person, nicht aber zu den einzelnen Aktionären und folglich auch nicht zum Kläger in einem vertraglichen Verhältniß gestanden hat, ihm gegenüber demnach keine Vertragspflichten verletzen und ihm also aus einer derartigen Verletzung auch nicht haftbar werden konnte, bezügliche Rechte der Gesellschaft aber nicht auf ihn übergegangen sind. In der zweiten Richtung ist die Aktivlegitimation deßwegen nicht vorhanden, weil unterstellt auch, es babe der Subdirektor Busch den enormen Verlust an Aktienkapital wirklich doloser Weise verschuldet, es juristisch nicht die einzelnen Aktionäre sind, denen gegenüber das Delikt begangen worden ist, sondern als Geschädigte nur die Gesellschaft selbst erscheint. Die Glieder der letztern sind als solche nach außen gar nicht vorhanden, sie gehen in der Gesellschaft auf, sind in ihrer Vereinigung die letztere selbst und können somit auch nicht selbständig, sondern gleichsam nur als Theile der Gesellschaft geschädigt werden, daraus aber folgt, daß ihre Rechte aus einer derartigen mittelbaren Schädigung auch nur die Mitgliedschaftsrechte sein können, welche sich darin äußern, daß die Aktionäre innerhalb des Aktienvereins dahin wirken, daß ein auf zweckentsprechende Verfolgung der Regreßansprüche der Gesellschaft, also ihrer Gesammtheit, gerichteter Gesellschaftsbeschluß zu Stande komme; (siehe über diese Frage Urtheil des Handelsgerichtes in Sachen Aktionäre ca. Lloyd-Transportversicherungsgesellschaft vom 11. Juni 1886, Erwägung 10, abgedruckt in den Blättern für handelsrechtliche Entscheidungen Band V. pag. 202 u. 203).

2. Die Begründung des Klaganspruchs geht vielmehr dahin, daß der Kläger durch die von Busch und Lengsdorf erstellten, angeblich wissentlich falschen Jahresabschlüsse und den durch ihre Verbreitung nach außen erweckten trügerischen Schein einer guten finanziellen Situation der Lloyd-Gesellschaft, speziell durch die in Folge dieser dolosen Manipulation bewirkte Steigerung des Aktienkurses in einer Zeit, in welcher die Gesellschaft längst Millionen über die einbezahlten 500,000 Fr. hinaus verloren hatte, der Aktienbesitz also nicht nur kein Aktivum, sondern ein bedeutendes Paßivum representirt habe, zum Erwerb von drei dieser Titel und damit zur Uebernahme einer der bald nachher wirksam gewordenen Einzahlungspflicht gleichkommenden Schuldenlast veranlaßt worden sei. Der Kläger tritt also hier als dritte, außer dem Aktienverein stehende Person auf mit der Behauptung, daß er durch eine dolose Handlungsweise des Subdirektors Busch in der angegebenen Weise geschädigt worden sei, er macht nicht den Schaden geltend, der ihn mittelbar durch die Schädigung der Aktiengesellschaft betroffen hat, sondern einen Schaden, der ihm durch den Erwerb der Mitgliedschaft dieser Gesellschaft bezw. durch die mit diesem Erwerb verbundene Schuldübernahme, die damit zusammenhängende Einzahlungspflicht und die Leistung des Kaufpreises für einen nicht vorhandenen Werth entstanden ist. Bezüglich der so begründeten Klage ist nun aber die Einrede der mangelnden Aktivlegitimation durchaus nicht so liquid wie die Beklagten meinen. Liquider dürfte der Standpunkt sein, daß auch diese Klage erst nach durchgeführter Liquidation angehoben werden könne, weil erst dannzumal, wenn feststehe, was die Aktionäre aus der Gesellschaft zurückerhalten, bestimmt werden könne, ob und welcher Schaden dem Kläger aus seinem Aktienerwerb erwachsen sei. Allein auf alle diese Fragen braucht nicht weiter eingetreten zu werden, weil angenommen auch, der Kläger habe gegenüber Busch wirklich einen selb-

ständigen Klaganspruch erworben, derselbe wegen Nichtanmeldung in das über seinen Nachlaß erhobene öffentliche Inventar gegenüber dessen Erben, den heutigen Beklagten, untergegangen ist.

3. Daß eine Anmeldung ins Inventar stattgefunden habe, wird heute nicht mehr behauptet und mit Recht, denn der erstinstanzlich eingenommene, heute aber verlassene Standpunkt, daß die Anmeldung der streitigen Forderung in der Anmeldung des von der Gesellschaft aus vertraglichem Verschulden des Subdirektor Busch abgeleiteten Schadenersatzanspruches inbegriffen sei, war augenscheinlich nicht haltbar, weil die beiden Ansprüche durchaus verschiedene, auf rechtlich selbständigen Titeln beruhende sind. Derjenige der Gesellschaft wird auf ein doloses *vertragswidriges* Verhalten des Busch begründet, derjenige des Klägers dagegen aus einem außerkontraktlichen, ihm als Drittem, Nichtaktionär gegenüber begangenen Dolus abgeleitet; der erstere kann begründet sein, der zweite aber dennoch vollständig unbegründet, wegen des mangelnden Causalzusammenhanges zwischen einem allfälligen Dolus des Busch und dem Aktienerwerb des Klägers, daraus muß aber auch folgen, daß die Anmeldung des ersten, durchaus noch keine Anmeldung des zweiten enthält.

4. Angenommen nun aber, es könne der streitige Anspruch nicht als im Inventar angemeldet betrachtet werden, so ist er eben nach § 2002 des P.-R. G.-B. den Beklagten gegenüber erloschen, zumal nicht behauptet wird, daß die Nichtanmeldung auf einer Arglist der Erben beruhe und somit der Schlußsatz der citirten Gesetzesstelle nicht zur Anwendung kommt. Der Eintritt dieser Wirkung wird nun freilich gestützt darauf bestritten, daß die Erben den Nachlaß auch heute noch nicht angetreten haben, allein mit Unrecht. Ein unbedingter Nachlaßantritt liegt allerdings nicht vor, allein das ist auch nicht nothwendig, um der Nichtanmeldung des Anspruchs innerhalb der gesetzten Frist die Wirkung des Untergangs beizulegen. Die Worte des § 2002: „sind gegenüber den Erben, *welche die Erbschaft* auf Grundlage des öffentlichen Inventars *übernommen haben*, als erloschen zu betrachten“, haben nicht den Sinnn, daß die Erlöschung erst nach erfolgter Uebernahmserklärung eintrete und folglich bis dahin trotz abgelaufener Anmeldungsfrist noch alle möglichen Ansprüche, ohne der Restitution gegen den Fristablauf zu bedürfen, sei es beim Notar oder privatim gegenüber den Erben erhoben werden können. Denn nach § 2001 sind die Forderungen *binnen der gesetzten Frist* der Notariatskanzlei einzugeben und der Ausdruck: „Alle nicht *angemeldeten* Forderungen“ in § 2002 muß demnach als gleichbedeutend betrachtet werden mit dem Ausdruck: „Alle nicht *binnen der gesetzten Frist* angemeldeten Forderungen“. Ferner ist auf den § 2004 zu verweisen, welcher ebenfalls auf den Ablauf der Anmeldungsfrist und nicht auf den Erbschaftsantritt abstellt, indem er bestimmt, daß diejenigen Forderungen, deren Dasein erst nach jenem Fristablauf ersichtlich wurde, mit einer gewisssen Beschränkung noch geltend gemacht werden können. Auch ein Praejudiz in Ullmers Commentar, Supplementband No. 3555 steht durchaus auf diesem Standpunkt, indem es ausführt, daß auch eine nach Ablauf der Anmeldungsfrist, aber vor erfolgtem Erbschaftsantritt angemeldete Forderung nur im Falle einer Restitutionsertheilung noch berücksichtigt werden dürfe, daß aber in diesem Falle bei Beurtheilung der Frage, ob Restitution zu erteilen sei oder nicht, die Größe der Erbschaft nicht in Frage komme. Wenn der citirte Zwischensatz des § 2002 nicht überhaupt nur die Bedeutung einer Umschreibung des Wortes: „Erben“ hat, so kann ihm nur der Sinn zukommen, daß das Erlöschen der nicht binnen gesetzter Frist angemeldeten Forderung bloß gegenüber denjenigen Erben eintrete, welche *auf Grundlage des Inventars* angetreten und nicht auch gegenüber denjenigen, welche die Erbschaft ohne Rücksicht auf das Inventar übernommen haben.

5. Der Kläger macht nun aber ferner, um den Folgen der Nichtanmeldung seiner Forderung zu entgehen, den Thatbestand des § 2004 des P.-R. G.-B. geltend, d. h. er behauptet, daß das Dasein der letztern erst

nach erfolgtem Ablauf der Anmeldungsfrist ersichtlich geworden sei und daß, weil die Erbschaft zu seiner Befriedigung vollständig ausreiche, die Beklagten die letztere nicht verweigern können. Es kann ihm aber auch hier nicht beigetreten werden. Die hier in Frage kommende Schädigung des Klägers, bestehend im Erwerb wertloser einzahlungspflichtiger Aktien war ihm spätestens mit dem 31. Mai 1884 vollständig bekannt, weil an diesem Tage die letzte der sechs Einzahlungen geleistet worden ist. Ebenso wußte er aus den Generalversammlungen und den Berichten der Liquidationskommission etc., daß dieser mit dem enormen Verlust des Aktienkapitals in Folge Weiterbetrieb des Rückversicherungsgeschäftes seit dem Jahre 1876 trotz schon damaliger schlechter Finanzlage zusammenhängende Schaden nur auf eine kolossale Mißwirthschaft der Verwaltungsorgane, speziell der Direktoren zurückgeführt werden könne und einzig zurückgeführt werden müsse. Nachdem sodann Busch am 25. April 1884 wegen Betrug, verübt durch widerrechtlichen Bezug der Pariser- und Hamburger-Provisionen vom Schwurgericht verurteilt worden war, nachdem ferner die Liquidationskommission am 3. Oktober 1884 Betrugsklage gegen denselben erhoben hatte, wegen Anfertigung wissentlich falscher Jahresabschlüsse und Busch, um einer bezüglichen Bestrafung zu entgehen, sich am 26./27. Dezember 1884 das Leben genommen hatte, was Alles dem Kläger, als einem auf hiesigem Platze befindlichen, bekanntlich sehr rührigen und um alle Verhältnisse höchst interessirten Aktionär gewiss genugsam bekannt war, lag der Schluß außerordentlich nahe, den dem ehemaligen Subdirektor zur Last gelegten strafrechtlichen Dolus auch mit dem von ihm erlittenen Schaden in Verbindung zu bringen und daraus einen Forderungsanspruch zu konstruiren. Die Construktion des Anspruches, wie sie heute vorgetragen wird, war damals ebenso gut möglich und der Anspruch selbst daher ersichtlich, sofern er aus dem Angeführten überhaupt folgt, was natürlich keineswegs zugegeben werden soll. Die Hauptsache ist die, daß die maßgebenden Verhältnisse, aus denen Kläger seinen Anspruch glaubt ableiten zu können, schon damals bestanden haben und ihm bis zu einem Grade bekannt waren, der ihn bei Anwendung auch nur gewöhnlicher Sorgfalt hätte veranlassen sollen, so zu combiniren, wie er heute combinirt und demnach den erlittenen Schaden als Forderung ins Inventar anzumelden. Er wußte offenbar auch, daß die Gesellschaft selbst ihre Forderung angemeldet habe und seine Nichtanmeldung ist wohl einzig die Folge der Annahme, daß ihm trotz dolosen Verhaltens des Busch ein selbständiger Anspruch neben demjenigen der Gesellschaft nicht zustehe, diese Auffassung aber beweist nicht, daß der Anspruch nicht ersichtlich war, sondern bloß, daß die Verhältnisse, aus denen er nunmehr hergeleitet wird, damals vom Kläger anders, vermutlich richtiger beurtheilt wurden.

6. Endlich wird vom Kläger gegen den Ablauf der Anmeldungsfrist Restitution ververlangt, allein sie kann ihm nicht ertheilt werden. Abgesehen nämlich von der Frage, ob ein solches Gesuch im Forderungsprozesse selbst gestellt werden kann, ist zu beachten, daß der § 2003 des P.-R. G.-B. die Restitution nur ausnahmsweise und aus erheblichen Gründen gestattet, solche Gründe nun aber in concreto nach dem oben in Erwägung 5 Angeführten gewiss nicht als vorliegend anerkannt werden können. Der Kläger hat die Anmeldungsfrist nicht aus Versehen überwartet, sondern bewußt und absichtlich unbenutzt ablaufen lassen und wenn das geschehen ist, trotzdem das Dasein der Forderung bezw. die Verhältnisse, aus denen dieselbe abgeleitet wird, ersichtlich waren, so liegt sicherlich kein Grund zur Restitution vor. Die Ertheilung derselben wäre auch um so ungerechtfertigter, als die Beklagten, da sie ihren Antheil an der Vergleichssumme von 1½ Millionen Fr. deponirt haben, für den Eall der Wirksamkeit des Vergleiches offenbar zum Erbschaftsantritt gezwungen sind, weil ihnen das Depositum nicht mehr herausgegeben wird und deßhalb den Antritt für diesen Fall auch in Aussicht genommen haben, während dem sie, sollte dem Kläger Restitution ertheilt werden, wegen der in diesem Falle in Aussicht stehenden vielen

anderweitigen Ansprüchen anderer Aktionäre kaum antreten könnten.

Lebensversicherung.

Anspruch auf Zahlung des sogenannten Rückkaufs- oder Deckungswerthes der Police nach vorangegangener Verwirkung aller übrigen Rechte aus dem Versicherungsvertrag in Folge Nichtzahlung der Prämien.

(Obergericht Zürich, Appellationskammer, 31. Dezember 1887.)

Am 26. April 1877 ließ sich der Kaufmann Leo Dreifuss in Zürich bei der Lebensversicherungsgesellschaft Germania in Stettin für die Summe von 10,000 Fr. versichern, die im Erlebungsfalle am 26. Oktober 1899 an ihn selbst und bei früherm Tode sofort an seine Rechtsnachfolger ausbezahlt werden sollte. Die halbjährlich, je am 26. April und 26. Oktober zu zahlende Prämie wurde auf 161 Fr. 30 Rp. festgesetzt. Der Versicherungsvertrag enthält unter Anderm folgende Bestimmungen:

§ 4. „Für die Zahlung der fernern Prämien (außer der ersten) ist, wenn die Prämien halbjährlich gezahlt werden, eine Frist von 30 Tagen gestattet, innerhalb deren die am Fälligkeitstage versäumte Zahlung nachgeholt werden kann. Werden die Prämien innerhalb dieser Frist nicht vollständig berichtigt, so ist die Germania aller durch den Versicherungsvertrag übernommener Verbindlichkeiten entledigt und die bereits bezahlten Beträge sind ihr verfallen, ohne daß es von ihrer Seite irgend einer Benachrichtigung an den Versicherten oder den Versicherungsnehmer oder sonst Jemand bedarf."

§ 7 Absatz 1. Bei allen Versicherungen, welche eine Verbindlichkeit der Germania zur Zahlung der versicherten Leistung, wenn auch zu einem ungewissen Zeitpunkte, sicher begründen, wird die Germania auf den schriftlichen Antrag des Versicherungsnehmers unter Auflösung des Versicherungsvertrages die ihr alsdann auszuliefernde Police zurückkaufen, sofern die betreffende Versicherung sich seit mindestens drei Jahren ohne Unterbrechung in Kraft befindet und sofern der Antrag auf Rückkauf mindestens 14 Tage vor dem nächsten Fälligkeitstage der Prämie bei der Direktion der Germania eingegangen ist. Als Kaufpreis dafür gewährt sie Dreiviertheile der, nach den von ihr angenommenen Grundlagen der Berechnung, auf die fragliche Versicherung treffenden Prämien-Reserve (nicht der bezahlten Prämien).

§ 7 Absatz 4. Den vorstehend bestimmten Rückkaufspreis zahlt für die dort erwähnten Versicherungen die Germania auch aus, wenn sie einen rechtzeitig gestellten Antrag, eine wegen unterlassener Prämienzahlung erloschene Versicherung wieder in Kraft zu setzen, ablehnt, *oder wenn ein solcher Antrag überhaupt nicht gestellt wurde,* beides jedoch nur unter der Bedingung, daß die Versicherung seit mindestens drei Jahren ohne Unterbrechung in Kraft stand und daß der Antrag auf Zahlung des Rückkaufspreises spätestens 4 Monate nach dem in der Police bestimmten Fälligkeitstage der unbezahlt gebliebenen Prämie bei der Direktion der Germania eingegangen war."

§ 2. Eine Uebertragung der aus der Versicherung entspringenden Rechte unter den Lebenden kann rechtsgültig in jedem Falle nur mit schriftlicher Genehmigung des Versicherten erfolgen und erlangt der Germania gegenüber nur dann rechtliche Geltung, wenn sie von allen Betheiligten in beweisfähiger Form unter Einreichung und mit der Angabe, wer fortan die Prämie bezahlen wird, der Direktion angezeigt und von dieser durch einen Vormerk auf der Versicherungsurkunde selbst anerkannt ist. Wer eine Police ohne die schriftliche Genehmigung des Versicherten erwirbt, erlangt nur den in § 7 normirten Anspruch auf den Rückkaufspreis der Police zur Zeit seiner Erwerbung der letztern."

Die letzte Prämie zahlte Dreifuss am 26. Oktober 1884, von da an nichts mehr. Nach § 4 der Versicherungsbedingungen ist deßhalb die Germania 30 Tage nach dem 26. April 1885, dem Fälligkeitstermin der folgenden Prämie, von allen aus dem Versicherungsvertrag übernommenen Verbindlichkeiten, vor-

behältlich der Verpflichtung zur Zahlung des Rückkaufswerthes nach § 7 Abs. 4 befreit worden und es hat denn auch ihr Generalbureau in Zürich mit Brief vom 3. August 1885 angezeigt, daß die Direktion die Versicherung Mangels Zahlung der Prämie cassirt habe.

Nach den Vertragsbestimmungen hätte Dreifuss innerhalb drei Monaten vom 26. April 1885, dem Fälligheitstermin der nicht bezahlten Prämie an, bei der Direktion den Antrag auf Wiederinkraftsetzung der Police stellen können, allein er hat das nicht gethan und so blieb ihm bloß noch der Anspruch auf Zahlung des Rückkaufswerthes unter den Voraussetzungen des § 7 Abs. 4 der Versicherungsbedingungen.

Die Police war mittlerweile, ob durch förmliche Cession oder Faustpfandvertrag ist nicht klar gestellt, von Dreifuss an Joseph Besso, Generalsekretair der Assicurazioni Generali in Triest übergegangen und dieser schrieb am 1. August 1885 an das Generalbureau der Germania in Zürich: „Ich besitze die Police No. 262,728 der Germania auf den Namen des Herrn Leo Dreifuss, sowie als letzte Quittung jene für die Zeit vom 26. Oktober 1884 bis zum 26. April 1885 und wäre nicht abgeneigt, die Police zu verkaufen. Wollen Sie mich gefälligst wissen lassen, welchen Rückkaufspreis Sie mir dafür vergüten können."

Dieses Schreiben sandte indeß Besso nicht direkt an das Generalbureau, sondern an Dreifuss, der es dann dem letztern am 15. August übermittelte. Noch am gleichen 15. August leitete das Generalbureau dieses Schreiben des Besso an die Direktion der Germania in Stettin und am 18. August reklamirte Besso bei der letztern direkt eine Antwort auf seinen Brief vom 1. August.

Mit Brief vom 26. August 1885, also genau am letzten Tage der 4monatlichen Frist des § 7 Absatz 4 der Versicherungsbedingungen antwortete sodann die Direktion dahin, daß der Rückkaufswerth der Police 1207 Frkn. betrage, beifügend: „Wir bitten Sie, uns nun zunächst durch geeignete Legitimation nachzuweisen, daß Sie berechtigt sind, über die betreffende Police zu verfügen, bemerken jedoch gleichzeitig, daß es noch nicht festgestellt ist, ob nicht unsere Forderungen an Herrn Dreifuss höher sind als obiger Rückkaufswerth der Police." Der Schlußsatz dieses Briefes bezieht sich auf Ansprüche, welche die Germania an Dreifuss, als ihren damaligen Inspektor geltend zu machen beabsichtigte. Besso kam hierauf nach Zürich und hatte eine mündliche Besprechung mit dem Generalagenten, worauf ihm dieser unter Bezugnahme hierauf am 24. September schrieb, es habe die Direktion von den bezüglich der Police gemachten mündlichen Mittheilungen in Kenntniß gesetzt und von derselben den Bescheid erhalten, daß sie ihm, dem Besso auf seine Ansprüche nur das wiederholen könne, was ihm mit Brief vom 26. August geschrieben worden sei.

Nunmehr ging die Police von Besso wieder an Dreifuss zurück und dieser klagte dann im Juli 1887 gegenüber der Germania den Rückkaufspreis von 1207 Fr. ein. Die letztere bestritt indessen jede Schuldpflicht, weil Kläger persönlich einen Rückkaufsantrag überhaupt nie, also auch nicht binnen nützlicher Frist gestellt habe, ein solcher aber auch in den beiden Briefen des Besso vom 1. und 18. August 1885 nicht gefunden werden könne, und eventuell ein Antrag dieses letztern keinerlei rechtserwerbende Wirkung gehabt hätte, weil die Cession der Police an ihn Mangels ihrer Anerkennung durch die Direktion der Gesellschaft gegenüber der letztern niemals rechtliche Geltung erlangt habe (§ 2 der Versicherungsbedingungen). *Diese Einwendungen wurden jedoch verworfen und die Klage gutgeheissen.*

Gründe:

1. Der Anspruch des Klägers auf Bezahlung des Rückkaufswerthes der Police Nro. 262,728 kann nur gestützt werden auf § 7 Absatz 4 der allgemeinen Versicherungsbedingungen, wonach die Beklagte den Rückkaufswerth auch dann ausbezahlt, wenn ein Antrag, eine wegen unterlassener Prämienzahlung erloschene Versicherung wieder in Kraft zu setzen, nicht gestellt wurde, jedoch nur unter der Bedingung, daß die Versicherung seit mindestens 3 Jahren ohne Unterbrechung in Kraft bestand und daß der An-

trag auf Zahlung des Rückkaufspreises spätestens 4 Monate nach dem in der Police bestimmten Fälligkeitstage der unbezahlt gebliebenen Prämie bei der Direktion der Germania eingegangen sei. Die erstere Voraussetzung, daß die Versicherung bereits drei Jahre in Kraft bestanden habe, trifft hier zu, da die fragliche Police vom Jahre 1877 datirt. Die 4monatliche Frist, binnen welcher der Antrag auf Zahlung des Rückkaufswerthes gestellt werden mußte, ging, wie die erste Instanz richtig annimmt, am 26. August 1885 zu Ende. Endlich ist auch richtig, daß der Kläger persönlich einen solchen Antrag nicht gestellt hat, wohl aber ist dies geschehen von Seite des Besso, dessen Legitimation weiter unten noch zu erörtern sein wird.

2. Zunächst ist darauf zu verweisen, daß eine bestimmte Form, in welcher der Antrag zu stellen sei, nicht vorgeschrieben ist. Es wird also davon auszugehen sein, daß es genüge, wenn der Antragsteller in irgend welcher Weise den Willen kundgibt, sich die Rückkaufssumme auszahlen zu lassen. Diesem Erforderniß leistet aber die Zuschrift des Besso an das Generalbureau der Germania in Zürich, d. d. 1. August 1885, welche von dem letztern der Direktion in Stettin am 15. August übermittelt worden ist, in Verbindung mit der Zuschrift vom 18. August an die Direktion selbst ein Genüge. Damit, daß Besso seine Geneigtheit ausspricht, die Police zu verkaufen und sich nach dem Rückkaufswerth derselben erkundigt, ist doch deutlich genug gesagt, er mache von dem in § 7 der Statuten eingeräumten Anspruch auf Zahlung desselben Gebrauch. Daß aber die Direktion der Germania, welcher die Briefe vom 1. und 18. August vorlagen, selbst annahm, es sei ein Rückkaufsantrag gestellt, geht zur Evidenz hervor aus dem Schreiben an Besso vom 26. August, worin sie mittheilte, wie hoch der Rückkaufswerth der Police sei und Besso ersuchte, seine Legitimation nachzuweisen. Hätte sie die Zuschriften des Besso als bloß vorläufige Anfrage betreffend die Größe des Rückkaufswerthes aufgefaßt, so würde sie sich mit der Auskunft, derselbe betrage 1207 Fr., begnügt und gesagt haben, sie gewärtige nunmehr zunächst einen definitiven Antrag. Beachtet man ferner, daß dieser Brief geschrieben wurde am letzten Tage der viermonatlichen Frist, binnen welcher der Rückkaufsantrag zu stellen war, so hätte es doch nahe gelegen, einfach zu erklären, der Anspruch sei in Folge Fristablaufs verwirkt. Wenn dieß nicht geschah, obschon die Direktion die Verhältnisse kannte bezw. censirt war, zu kennen, wenn man ferner beklagtischerseits sich noch am 24. September darauf beschränkte, den Inhalt des Briefes vom 26. August zu bestätigen, so läßt sich dieß nur so erklären, daß man den Antrag als gehörig und rechtzeitig gestellt betrachtete, aber sich das Recht vorbehielt, die Forderungsansprüche an den Kläger zur Compensation zu verstellen.

3. Was nun aber die Frage betrifft, ob der von Besso gestellte Antrag auf Rückzahlung des Rückkaufswerthes geeignet gewesen sei, den streitigen Anspruch auch für den heutigen Kläger zu sichern, so darf darauf wiederum ohne Bedenken eine bejahende Antwort gegeben werden. War Besso förmlicher Cessionar der Police, d. h. ist ihm dieselbe zu Eigenthum abgetreten worden, so war er unzweifelhaft auch zur Geltendmachung des am 1. August 1885 einzig noch vorhandenen Anspruchs auf Rückzahlung des Deckungswerthes legitimirt, hat er sich aber diesen Anspruch durch die rechtzeitige Antragsstellung gesichert bezw. erworben, so ist derselbe dann durch die Rückcession der Police an den heutigen Kläger auch von selbst auf diesen übergegangen, daß aber eine solche Rückcession stattgefunden haben muß, ergibt sich ohne Weiters aus der Thatsache, daß Dreifuss wieder im Besitze der Police ist. Seine Aktivlegitimation ist also auch für diesen Fall hergestellt. Wenn aber die Beklagte heute dem gegenüber unter Verweisung auf den § 2 der Policenbestimmungen geltend gemacht hat, daß eine Cession an Besso ihr gegenüber nie rechtliche Wirksamkeit erlangt habe, weil dazu ihre Genehmigung durch Vormerk auf der Police Seitens der Direktion nothwendig gewesen wäre, so ist darauf zu erwidern, daß diese Genehmigung nur für eine Abtretung der Rechte aus dem Versiche-

rungsvertrag mit Uebertragung der Verpflichtung zur Prämienzahlung, nicht aber für eine Abtretung des Anspruches auf den Deckungswerth, welcher erst mit dem Dahinfallen des erstern ins Leben tritt, gefordert wird. Dieß ergibt sich sowohl aus der Bestimmung, daß mit der Anzeige der Abtretung auch angegeben werden müsse, wer fortan die Prämien zahle, als auch aus dem Schlußsatz, daß derjenige, welcher eine Police ohne die schriftliche Genehmigung des Versicherten erwerbe, nur, aber also immerhin noch den Anspruch auf den Deckungswerth, natürlich dessen rechtzeitige Geltendmachung vorausgesetzt, erwerbe. Diese Ansicht findet sich denn auch indirekte bestätigt in dem Briefe des Direktors der Beklagten an Besso vom 26. August 1885, denn hier wird nach Angabe des Rückkaufswerthes einfach verlangt, daß Besso sich über seine Verfügungsberechtigung bezüglich der Police ausweise und kein Wort davon gesagt, daß dieser Ausweis nicht genüge, sondern die Legitimation des Besso überdem noch der Anerkennung einer Uebertragung des Anspruchs auf den Rückkaufswerth durch die Direktion bedürfe, was doch gewiß geschehen wäre, wenn man eine solche Anerkennung für erforderlich gehalten hätte. Es hat denn auch einen ganz guten Sinn, eine derartige Anerkennung für die Uebertragung der Rechte aus dem noch gültigen Versicherungsvertrag zu verlangen, währenddem nicht einzusehen ist, warum der völlig einseitige Anspruch auf den Deckungswerth, der erst mit der Cassation der Police erworben wird, nicht frei und ohne Begrüßung der Gesellschaft soll abgetreten werden können. Wollte man aber sogar annehmen, der § 2 der Policenbestimmungen schreibe die Anerkennung der Abtretung auch für diesen Fall vor, so müßte ein Verzicht auf dieses Recht Seitens der Direktion beziehungsweise eine vorgängige Anerkennung der Abtretung auf den Fall des Nachweises derselben aus dem schon citirten Briefe vom 26. August 1885 geschlossen werden, indem dort deutlich genug gesagt ist, daß wenn Besso die Abtretung darthue, der Auszahlung des Deckungswerthes vorbehältlich der Gegenansprüche an Dreifuss nichts im Wege stehe. War Besso, was nach den Akten auch möglich ist, bloßer Faustpfandgläubiger der Police, so hat sein Antrag auf Zahlung des Deckungswerthes deßwegen auch für den Kläger rechtserwerbende Wirkung geäußert, weil derselbe nachgewiesenermaßen mit Wissen und Willen desselben gestellt worden ist, was daraus hervorgeht, daß Besso den den Rückkaufsantrag enthaltenden Brief vom 1. August 1885 an Dreifuss schickte und dieser solchen an das hiesige Generalbureau übermittelte, von welchem er dann am 15. August an die Direktion in Stettin abging.

4. Der Anspruch auf Zahlung des Rückkaufswerthes der Police No. 262,728 ist daher gutzuheißen.

Lebensversicherung.

Streit im Erbtheilungsprozess zwischen der Wittwe und einem gesetzlichen Erben des Versicherten über die Frage, wem der Ausspruch auf die Versicherungssumme zustehe.

(Obergericht Zürich, Appellationskammer, 17. Jenner 1888.)

In einem Erbtheilungsprozeß verlangte einer der gesetzlichen Erben von der Wittwe Einwerfung einer von ihr bezogenen Lebensversicherungssumme im Betrage von 3300 Fr., weil der Versicherungsvertrag vom Erblasser ganz allgemein zu Gunsten seiner Rechtsnachfolger abgeschlossen worden sei, diese Eigenschaft aber nur den gesetzlichen Erben und nicht der Wittwe zukomme, woraus folge, daß letztere die Versicherungssumme ohne Recht bezogen und deßhalb dieselbe in den Nachlaß einzuwerfen habe. In der betreffenden, vom 30. Januar 1863 datirten, auf die Schweizerische Rentenanstalt lautenden Police ist gesagt, daß in Folge der Versicherung *nach Vorschrift und im Sinne der Statuten*, wenn immer das Ableben des Versicherten erfolgen möge, eine Versicherungssumme von 3300 Frkn. zugesichert werde, welche dannzumal gegen Vorweisung „dieser Urkunde" etc. bei der Direktion der Renten-

anstalt bezogen werden könne. Aus den der Police beigedruckten Statuten sind folgende Bestimmungen hervorzuheben:

§ 19 Absatz 2. „Der Inhaber der Police gilt als redlicher Besitzer, die Rentenanstalt zahlt rechtsgültig an ihn und sie zahlt in der Regel nur an den Inhaber.“

§ 20 Abs. 1 erster Satz. „Die Police lautet auf den Namen des Einlegers resp. des Versicherten. Dieselbe kann veräußert und verpfändet werden.“

§ 24. Die Todesversicherungsverträge werden in der Regel auf Lebenszeit abgeschlossen. Die Rentenanstalt übernimmt auf Grundlage der Tarife gegen einmalige oder jährliche Einlagen die Verpflichtung, nach dem Tode des Versicherten eine bestimmte Summe *an seine Erben oder an den Inhaber der Police* zu bezahlen.“

Die auf Einwerfung belangte Wittwe stützte die Berechtigung auf den von ihr vorgenommenen Incasso der Versicherungsumme auf folgenden der Police beigesetzten, angeblich vom Erblasser eigenhändig geschriebenen und unterschriebenen, jedoch nicht datirten Vormerk: „Gehört nach meinem Tode meiner Frau und darf aber nicht mehr heirathen,“ indem sie behauptete, daß der verstorbene Ehemann diesen Vormerk lange vor seinem Tode auf die Police gesetzt und ihr diese sodann gleichzeitig schenkungsweise übergeben habe. Die Gegenpartei bestritt, daß die Unterschrift unter dem Vormerk vom Erblasser herrühre und behauptete eventuell, daß letzterer erst Angesichts des Todes geschrieben und eine Uebergabe der Police an die Wittwe gar nie stattgefunden, sondern letztere dieselbe einfach aus dem Nachlaße genommen habe. *Der Anspruch der Wittwe auf die Versicherungssumme wurde verworfen und dieselbe daher zur Einwerfung derselben in die Erbsmasse verpflichtet.*

Gründe:

1. Die erste Instanz hat den Anspruch der Wittwe G. auf die Lebensversicherungssumme von 3300 Fr. mit Recht verworfen. Aus dem Versicherungsvertrag selbst kann er nicht abgeleitet werden, denn dieser bezeichnet als zur Erhebung der Versicherungssumme berechtigte Personen die Erben des Versicherten resp. den Inhaber der Police, er nennt also nicht eine besimmte dritte Person als die aus dem Vertrage berechtigte, sondern geht davon aus, daß die Erben des Versicherten kraft ihres Erbrechtes oder dann derjenige Dritte zum Bezuge berechtigt sei, welcher den Anspruch auf die Versicherungssumme durch eine Abtretung des Versicherten erworben habe, wobei zu Gunsten der Anstalt die Vermuthung ausgesprochen wird, daß der Besitzer auch *berechtigter* Inhaber der Police sei. Hienach kann Wittwe G. ihren Anspruch nur auf einen vom Erblasser abgeleiteten Erwerb stützen und das thut sie denn auch mit der Behauptung, daß letzterer ihr die Police und mit dieser den darin verkörperten Anspruch auf die Versicherungssumme schenkungsweise abgetreten habe. Allein die Beklagte bestreitet, daß eine solche Schenkung stattgefunden habe und der Beweis dafür ist nicht geleistet. Der auf der Police befindliche, angeblich vom Erblasser unterzeichnete Vormerk bekundet den Willen einer sofort wirksam werdenden Veräußerung nicht mit der erforderlichen Klarheit. Es ist nicht sicher, daß der Erblasser, als er jenen Vormerk schrieb, die Police seiner Frau wirklich sofort zu vollem Eigenthum überlassen, ihr also das Recht sofortiger unbeschränkter Verfügungsfreiheit darüber einräumen wollte, daß es die Meinung hatte, sie solle von nun an frei darüber verfügen, dieselbe als ihr gehörend verkaufen, verpfänden können etc. Dagegen spricht der Ausdruck: „gehört *nach meinem Tode* meiner Frau“, denn wörtlich genommen liegt darin gewiß nicht die Beurkundung eines vollzogenen Schenkungsaktes, sondern einer Verfügung auf den Todesfall, die aber gültig nur in Testamentsform hätte erlassen werden können. Läge vor, daß der Erblasser die Police sofort, nachdem er jene Erklärung darauf gesetzt, seiner Frau übergeben und diese solche von da an beseßen hätte, so könnte man die Documentirung des Schenkungsaktes in dieser Thatsache erblicken und in diesem Falle den Ausdruck: „nach meinem Tode“ gewiß dahin verstehen, daß die Beschenkte zufolge der Schenkung nach dem Tode des Versicherten zum Bezuge der

Summe berechtigt sein soll. In diesem Falle läge dann eben der Ausdruck des Schenkungswillens in der Uebergabe. Allein daß eine solche stattgefunden habe, ist nun wohl behauptet, in keiner Weise aber belegt, denn der Umstand, daß die Wittwe die Summe wirklich bezogen hat, im Zeitpunkte des Bezuges also im Besitze der Police war, beweist natürlich gar nichts für eine frühere Uebergabe derselben an sie. Sie kann dieselbe im Nachlaß vorgefunden und auf Grund des darauf befindlichen Vormerks in allen Treuen angenommen haben, daß sie nun das alleinige Recht auf die Versicherungssumme besitze. Das erstinstanzliche Urtheil muß demnach in diesem Punkte bestätigt werden.

Erbrechtliches.

Das Vorzugsrecht der Söhne im Nachlasse des Vaters auf die Gutsübernahme zu einem ermässigten Schatzungswerth (*§ 1895 des bisherigen und 851 des neuen privatrechtl. Gesetzbuches.*) *Aus der ratio legis abgeleitete Bestreitung dieses Anspruches. Einrede des Verzichtes.*

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 17. Januar 1888.

In einem Erbtheilungsprozeß zwischen den zwei als gesetzliche Erben zur Frbschaft berufenen Kindern des Erblassers machte der Sohn gegenüber seiner Schwester mit Bezug auf das vom verstorbenen Vater hinterlassene, in der Stadt Zürich gelegene Haus das Vorzugsrecht der Gutsübernahme zu ermäßigtem Schatzungswerthe geltend (§ 1895 des bisherigen und 851 des neuen privatrechtlichen Gesetzbuches). Die Beklagte bestritt indessen den Anspruch, gestützt darauf:

a. daß die dem Vorzugsrecht der Gutsübernahme zu einem ermäßigten Schatzungswerthe Seitens der Söhne zu Grunde liegende Ratio die sei, dadurch den Letztern die Uebernahme der väterlichen Liegenschaften *behufs eigener Fortbewerbung derselben* zu ermöglichen und zu erleichtern, woraus folge, daß der Anspruch da nicht geltend gemacht werden könne, wo sich aus den Verhältnissen ergebe, daß es dem Ansprecher überall nicht darum zu thun sei, die Liegenschaften *behufs ihrer Weiterbewerbung* zu übernehmen, sondern daß derselbe im Gegentheil einen möglichst baldigen Verkauf anstrebe,

b. daß der letztere Eall hier durchaus zutreffe, was daraus geschlossen werden müsse, daß sich der Kläger seit dem Jahre 1882 in Rennes (Frankreich) aufhalte, sich daselbst als Architekt definitiv niedergelassen habe, zur Betreibung dieses Berufes in dort sogar eine Societät eingegangen sei, nach Allem also durchaus nicht daran denke, nach Zürich zurückzukehren und die Bewerbung des väterlichen Hauses zu übernehmen, und

c. daß wenn man davon ausgehen wollte, es habe Kläger den Anspruch auf die Gutsübernahme zu einem ermäßigten Schatzungswerth ursprünglich erworben, dannzumal aus der Thatsache, daß derselbe die durch den Erbanfall begründete Gemeinschaft mit der Beklagten, seiner Schwester, drei Jahre lang fortgesetzt und seine Einwilligung dazu gegeben habe, daß das im Nachlaß vorhandene Haus einer Umbaute unterworfen werde, die 20,000 Fr. gekostet habe, — unbedingt auf einen nachträglichen Verzicht zur Geltendmachung des Rechtes geschlossen werden müsse.

Beizufügen ist noch, daß die Wittwe auch seit dem Tode des Erblassers (24. Dezember 1883) im Hause verblieben ist, dasselbe für die abwesenden Erben (die Tochter ist verheirathet) verwaltet und in ihrem Einverständniß auch die genannte Umbaute hat ausführen lassen.

Beide Instanzen *schützten* das vom Sohne beanspruchte Vorzugsrecht, erklärten aber, daß der Sohnsvorteil nur von dem nach Abzug der Umbaukosten von 20,000 Fr. sich ergebenden Verkehrwerth zu berechnen sei.

Gründe:

1. Die erste Instanz hat den Anspruch des Sohnes G. auf Uebernahme des im Nachlasse

vorhandenen Hauses zu einem ermäßigten Schatzungswerthe grundsätzlich geschützt und diese Entscheidung muß unter Verwerfung der gegen sie gerichteten Beschwerde der Beklagten bestätigt werden.

2. Es ist heute behauptet worden und unbestritten geblieben, daß sich der Sohn G. gegenwärtig in Luzern aufhalte. Allein wenn derselbe auch noch in Rennes (Frankreich) wäre und seinen Beruf als Architekt dort, sei es allein oder in Gesellschaft mit einem Andern ausüben würde, so könnte daraus sicherlich nicht abgeleitet werden, daß die von ihm im gegenwärtigen Prozeß abgegebene Erklärung, das väterliche Haus übernehmen und *fortbewerben* zu wollen, eine fingirte und sein wirklicher Wille vielmehr darauf gerichtet sei, dasselbe nach durchgeführter Erbtheilung sofort zu verkaufen, nur dann aber, wenn dieß außer Zweifel stehen würde, könnte die Anerkennung des aus dem § 1895 des P.-R. G.-B. abgeleiteten Vorzugsrechtes allenfalls verweigert werden, wie es denjenigen schon verweigert worden ist, welche die betreffenden Liegenschaften bei der Geltendmachung des Anspruches bereits auf die Gant gebracht hatten (siehe Ullmer Nr. 2462 lit. b. und Rechenschaftsbericht des Obergerichtes vom Jahre 1884, Nr. 61). Zur Fortbewerbung des Hauses durch den Sohn G. kann natürlich nicht verlangt werden, daß er persönlich in demselben wohne, vielmehr liegt eine Weiterbewerbung durch ihn im Sinne des Gesetzes gewiß auch dann vor, wenn er nicht selbst darin wohnt, sondern eine Wohnung an seine Mutter und die andern Räume an dritte Personen vermiethet, denn bei Häusern in Städten heißt Bewerbung im Wesentlichen nichts Anderes als Nutzbarmachung durch Vermiethung. Wie die Akten zeigen, representirt das Haus eine ganz ordentliche Kapitalanlage, der Ansprecher braucht es also nicht etwa wegen Nichtrentabilität zu verkaufen. Die Mutter wohnt in demselben und kann, wie bis jetzt, so auch in Zukunft die Verwaltung übernehmen; durch ihre Vermittlung ist es also dem Sohn, auch wenn er noch eine Zeit lang fortbleiben wollte, sehr gut ermöglicht, das Haus weiter zu bewerben und da nichts dafür vorliegt, daß derselbe für *immer* auswärts bleiben wolle, die Wittwe aber eher darauf tendiren dürfte, in ihrem bisherigen Heim bleiben zu können, so sprechen die Verhältnisse eher gegen die Absicht eines sofortigen Verkaufes. Die Möglichkeit des Andersseins ist freilich nicht ausgeschlossen, allein sie kann nicht bewirken, daß das als Regel aufgestellte Vorzugsrecht der Gutsübernahme in Wegfall kommen muß. Es kann aber auch ferner aus den Verhältnissen nicht auf einen Verzicht des Sohnes G. auf das Recht der Gutsübernahme geschlossen werden. Daß er den Anspruch erst jetzt, im Theilungsverfahren erhebt, ist durchaus nicht auffallend. Nach § 2013 des P.-R. G.-B. hätte er denselben allerdings schon früher geltend machen können, allein aus der nämlichen Gesetzesstelle folgt auch, daß er durchaus keine Pflicht dazu hatte, der Gesetzgeber vielmehr im Gegentheil davon ausgegangen ist, daß die Geltendmachung im Theilungsverfahren das Gewöhnliche und Regelmäßige sein werde. Eine frühere Entscheidung ist von ihm auch gar nie verlangt worden und hätte jedenfalls nur in dem Sinne von ihm verlangt werden können, daß wenn er sie nicht gebe und später den Anspruch doch geltend mache, die Beklagte sich vom Zeitpunkte des gestellten Begehrens an vom Nutzen und Schaden einer auf gemeinsame Rechnung geführten Verwaltung lossage (siehe Ullmer Supplementband Nro. 3557). Die beiden Erben haben die durch den Erbfall zwischen ihnen begründete Comunio incidens bis zum Beginn des gegenwärtigen Prozesses im gemeinsamen Einverständniß fortgesetzt und die Verwaltung unter Anderm in der Weise geführt, daß sie am gemeinsamen Hause eine Umbaute vornehmen liessen. Die letztere war indessen immerhin nicht so intensiv, daß sie einer eigentlichen, an Stelle des ursprünglichen Hauses getretenen Neubaute gleichgestellt werden könnte. Es kommt ihr vielmehr nur der Charakter einer, wenn auch vielleicht etwas weitgehenden Hauptreparatur zu. Das in Frage kommende Gebäude ist somit immer noch das vom gemeinsamen Erblasser hinterlassene und folglich den Erbtheilungsgrundsätzen unterworfen.

Die durch die Umbaute allfällig herbeigeführte Vergrößerung des Hauses bleibt im Verhältniß zum Ganzen nebensächlich und theilt deßhalb rechtlich das Schicksal der letztern. Dies muß als Willensmeinung der beiden Erben gelten in dem Sinne, daß sich das Recht des Sohnes auf die Gutsübernahme nunmehr auf das ganze Haus in seiner gegenwärtigen Gestalt erstrecke und es kann in der Zustimmung des Sohnes zur Vornahme einer Umbaute nicht die Aeußerung eines Verzichtes auf sein genanntes Recht erblickt werden.

3. Steht hienach dem Sohne G. das prinzipale Recht auf Uebernahme des Hauses zu, so hat er natürlich auch den secundären Anspruch auf Uebernahme *zu einem ermässigten Schatzungswerth.* Doch erstreckt sich dieser, wie die erste Instanz richtig angenommen hat, nicht auf den Mehrwerth, den das Haus erst in Folge der Umbaute erfahren hat, denn es ist klar, daß der ermäßigte Schatzungswerth nicht von einer Verwendung in Anspruch genommen werden kann, die erst während der Gemeinschaft der Erben und in Folge der gemeinschaftlichen Verwaltung eingetreten ist, sich als ein Produkt der letztern darstellt und zwar um so weniger dann, wenn dieselbe, wie hier, wenigstens theilweise aus gemeinschaftlichen Erbschaftsaktiven bestritten worden ist. Die entgegengesetzte Annahme hätte zur Folge, daß dem Sohn der Sohnsvortheil auch an diesen anderweitigen Aktiven zu gut käme, was gewiß unrichtig wäre.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. März 1888. VII. Band. № 5.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter“ erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil

des

Handelsgerichtes Zürich

vom 20. Januar 1888

in Sachen

des *Alexander Cavaliéri* in Paris, Kläger,

gegen

Louis Dreifuss zum Wellenberg in Zürich, betr. Forderung aus Commission.

Einrede des unklagbaren Differenzgeschäftes (Art. 512 des O.-R.).

Dieselbe ist immer und ausnahmslos, also selbst dann nach einheimischen Rechte zu beurtheilen, wenn im Uebrigen unzweifelhaft fremdes Recht zur Anwendung kommt.

Das Kriterium des Lieferungsgeschäftes als Spielgeschäft oder Wette im Sinne von Art. 512 des O.-R.

Einrede des Committenten, daß der Commissionär mandatswidrig und fahrlässig gehandelt habe.

Streitfrage:

Ist der Beklagte verpflichtet, dem Kläger laut zugestellten Rechnungen die Summe von 5040 Frkn. sammt Zins à 6 % seit 19. November 1887 zu bezahlen.

Thatsächliches:

A. Der Beklagte, Inhaber eines Herrenconfectionsgeschäftes in Zürich, unternahm voriges Jahr (1887) Spekulationen an der Pariser Börse, namentlich in Zucker. Am 6. August 1887 ertheilte er dem hiesigen Vertreter des Klägers, Eugen Zeiz, den Auftrag, für seine, des Beklagten Rechnung 400 Sack Zucker, weiß, Nro. 3, *lieferbar in Paris* mit je 100 Sack in den Monaten Oktober, November, Dezember 1887 und Januar 1888 zum Preise von 34⅛ Fr. zu *verkaufen*. Noch am gleichen Tage berichtete Zeiz, daß er diesen Auftrag dem Cavaliéri *als Vertrauensordre* übermittelt habe und am 11. August bestätigte der Beklagte dem Cavaliéri direkt die Ausführung des Auftrages. In diesem Schreiben ist gesagt, daß das Geschäft unter den Bedingungen und Gewohnheiten des Platzes Paris abgeschlossen worden sei und daß Dreifuß für Commission, Courtage und Delcredere eine Gebühr von 2 % schulde.

Am 12. August meldete Cavalieri dem Beklagten die Ausführung eines weitern Verkaufsauftrages über 20,000 Kilo Rüböl (huile de Colza), *lieferbar in Paris* mit je 5000 Kilos in den Monaten Januar, Februar, März und April 1888 zum Preise von 56¾ Frkn. und mit Zuschrift vom 14. August bestätigte Dreifuß auch dieses Geschäft. Auch hier

wird dem Kläger wiederum eine Commissionsgebühr von 2 % zugesichert.

B. In einem Schreiben vom 29. September an den Kläger bemerkt der Beklagte, er habe seinerzeit seinen Auftrag für eine Spekulation in Zucker nur als eine Vertrauensordre gegeben und müsse er auch deren Deckung wiederum als Vertrauensordre auffassen. „In diesem Sinne," — fährt er fort, — „berichtete ich Herrn Zeiz, als der Zucker wieder auf 34 Fr. 12½ und kann ich es nur bedauern, wenn Sie in jenem Zeitpunkte die Deckung nicht ausführten. Meine beiden Operationen in Zucker und Rüböl resultirten aus dem Animo, den Sie, wie s. Z. Herr Zeiz durch Ihre Correspondenz belegte, für fragliches Unternehmen kund thaten. Und dieses Vertrauen zu Ihnen leitet mich heute noch, indem ich von Ihnen möglichst günstige Realisirung, sei es durch weitern Verkauf oder Kauf behufs Moyenneerzielung gewärtige und gebe ich Ihnen in diesem Sinne vollständig plein pouvoir."

Dreifuß will nämlich am 24. September dem Zeiz mit der Bemerkung, er glaube eher an eine Hausse, den Auftrag ertheilt haben, die 400 Sack Zucker durch Cavalieri decken zu lassen. Statt Anzeige über die Deckung habe er dann aber von Zeiz einen Brief erhalten, des Inhalts, Carvalieri schreibe ihm: „Wenn Herr Dreifuß an eine Hausse glaubt, so soll er mir direkte Ordre zugehen lassen."

C. Am 4. Oktober benachrichtigte Kläger den Beklagten, daß er für dessen Rechnung weitere 400 Sack Zucker, weiß, No. 3, für die Liefermonate Januar, Februar, März und April 1888 zum Preise von 37½ verkauft habe; auch dieses Geschäft ist vom Beklagten am 14. Oktober in üblicher Weise bestätigt worden. Am 6. Oktober theilte ihm Eugen Zeiz mit, daß er nach Paris geschrieben habe, Cavalieri möchte die 800 Sack Zucker bei 35½ decken, eventuell zu einem noch etwas höhern Preise, *wenn er es für gut erachte*.

D. In einem Briefe vom 14. Oktober gibt der Beklagte der Hoffnung Ausdruck, daß die aus seinen Operationen erwachsenen Differenzen, wenn ungünstig für ihn, sich doch in einem bescheidenen Betrage bewegen werden; er wiederholt, daß er dem Kläger plein pouvoir ertheile und frägt schließlich an, ob er, wenn Cavalieri 4 Monate auf ein Mal erledige resp. decke bei ungünstigem Ausgange den Differenzbetrag ebenfalls auf ein Mal oder nur je Ende der kommenden 4 Monate zu erlegen habe. Hierauf erwiderte der Kläger, daß die Abrechnungen, gleichviel, ob dieselben zu Gunsten oder Lasten der Kunden schießen, jeweilen zu Ende der resp. Monate ertheilt werden; ein allfälliger Verlust auf die 4 Monate Oktober sei also in 4monatlichen Raten zu bezahlen. Er bemerkt weiter: „Laut telegraphischer Ordre von Herrn Zeiz „werde ich Ihre 400 Sack Zucker per 4. Ok„tober eindecken, sobald der Preis von Fr. 35. „50 Cts. möglich. Sie würden mich durch „Aufgabe Ihrer Limite zur Deckung der 4. „(Januar) ebenfalls verpflichten. Ein weiterer „Rückschlag scheint mir nicht unwahrschein„lich, indessen ist wohl wenig Aussicht vor„handen, die frühern niedrigsten Preise wie„der zu sehen. Dazu gestalten sich die Wit„terungsverhältnisse nicht günstig genug. „Unter diesen Umständen dürfte es vielleicht „bald rathsam sein, etwas à la hausse zu „unternehmen." Am 17. Oktober telegraphirte der Beklagte an den Kläger: „Wenn günstig finden, decken 4 Oktober, 4 Januar, eventuell Hausse machen, plein pouvier, Brief folgt." In diesem Briefe sagt er, daß er die Erledigung seiner 4 Januarposition ganz der Meinung des Klägers überlasse und überlassen müsse, er verstehe ja den Artikel natürlich nicht und da seine Spekulation à la baisse ein Vertrauensauftrag gewesen, so müsse er auch die Deckung als eine Vertrauenssache für den Kläger bezeichnen. „Finden Sie also," — heißt es weiter, — „rathsam, die Position zu decken, so bitte ich Sie, solches zu thun." In Beantwortung dieses Schreibens benachrichtigte der Kläger den Beklagten am 19. Oktober, daß er es für rathsam erachtet habe, per Oktober nicht mehr in blanco zu bleiben und demzufolge die 100 Sack zu Fr. 36. 87₅ gedeckt habe. Am 31. Oktober wurde dem Beklagten über Verkauf und Einkauf dieser Oktoberpartie Abrechnung zugestellt, welche mit einem Saldo von Fr. 348 *zu seinen lasten* schließt.

E. Auf eine Zahlungsaufforderung des Klägers vom 10. November erklärte der Beklagte unter weitläufigen Auseinandersetzungen, daß er von der Wohlthat des Gesetzes, welches Spielgeschäfte als unklagbar erkläre, Gebrauch mache. Mit Brief vom 17. November forderte ihn der Kläger nochmals auf, den eingegangenen Verpflichtungen sofort nachzukommen, das Oktober-Guthaben zu berichtigen und zu erklären, daß er die noch laufenden Waarengeschäfte in allen Theilen anerkenne, und die für seine Rechnung verkauften Waaren in den kontraktlich vorgeschriebenen Zeitpunkten und zu den stipulirten Preisen liefere, oder, falls der Kläger den Rückkauf für seine (des Beklagten) Rechnung zu besorgen habe, einen allfällig zu Gunsten des Klägers sich ergebenden Saldo vorschriftsgemäß bezahlen werde, ansonst Cavalieri gemäß dem Reglemente des Platzes Paris Samstag den 19. November an der Mittagbörse zur Execution und Liquidation der sämmtlichen schwebenden Positionen schreiten und den Beklagten für alle daraus entstehenden Folgen verantwortlich machen werde. — In einem Schreiben vom 19. November 1887 drückt der Beklagte seine Ueberraschung darüber aus, daß der Kläger die Lösung seines Engagements erst jetzt vornehme, während er nach dessen Schreiben vom 10. November die sofortige Erledigung habe voraussetzen müssen; er bemerkt weiter, daß von Lieferung niemals die Rede gewesen sei und daß er auf dem im Brief vom 11. November eingenommenen Standpunkt beharre.

F. Der Kläger leistete seiner Androhung im Brief vom 17. November Folge, indem er dem Beklagten noch mit Schreiben vom 19. November zur Kenntniß brachte, daß er die laufenden Kontrakte zu folgenden Tageskursen gedeckt habe:

300 Sack, Lieferung per November, Dezember und Januar à Fr. 40. 87[5].

400 Sack, Lieferung per Januar, Februar, März und April à Fr. 41. 37[5].

20,000 Kilos Rüböl, Lieferung per Januar bis und mit April à Fr. 58. 50.

Gleichzeitig stellte derselbe Abrechnung über:

1) die 300 Sack Zucker per November 1887 bis Januar 1888, abschließend mit einem Soldo zu Gunsten des Kläger von . . .	2248 Fr.
2) die 400 Sack Zucker per Januar bis April 1888 mit einem Saldo zu Gunsten des Klägers von .	1864 „
3) die 20,000 Kilos Rüböl mit einem Salde zu Gunsten des Klägers von	580 „
was zuzüglich des Oktobersaldos von	348 „
ein Gesammtguthaben des Klägers von	5040 Fr.

ergab, um dessen Berichtigung er den Beklagten ersuchte. Dieser lehnte jede Zahlungspflicht ab und so kam es zum Prozesse.

G. Der Beklagte setzt der Klage in erster Linie die Einrede des unklagbaren Differenzgeschäftes entgegen und will diese nach französischem Rechte beurtheilt wissen, da als Erfüllungsort Paris anzusehen sei (§ 5 des P.-R. G.-B.). Auf ein Geschäft von der Natur des vorliegenden aber, — so wird ausgeführt, — finde nach der französischen Doctrin und Gerichtspraxis der Art. 1965 des Code Napoléon Anwendung, welcher Forderungen aus Spiel und Wette als unklagbar erkläre. Es genüge nach französischem Recht zur Annahme eines unklagbaren Differenzgeschäftes die Intention der Parteien, nicht zu liefern, eine Vereinbarung, wonach Recht und Pflicht zur Lieferung ausgeschlossen sei, werde nicht verlangt. Aber auch wenn schweizerisches Recht zur Anwendung gebracht werde, müsse die Einrede auf Grund des Art. 512 d. O.-R. geschützt werden. Es liege in der That ein Geschäft vor, bei welchem nach Absicht der Parteien die Lieferung ausgeschlossen sein sollte in der Meiuung, daß jeweilen nur die Differenz zwischen dem An- und Verkaufspreis gefordert werden könne. Eine ausdrückliche Vereinbarung dieses Inhaltes habe zwar nicht stattgefunden, wohl aber sprechen eine Reihe von Indizien dafür, daß man sich stillschweigend in diesem Sinne vereinbart habe:

1. Einmal sei nicht ohne Bedeutung die berufliche Stellung des Beklagten. Derselbe besitze weder ein Zuckerlager noch

eine Zuckerfabrik und kenne überhaupt den Artikel nicht.

2. Ein effectiver Umsatz solcher Quantitäten, wie sie hier in Frage kommen, würde viel größere Mittel erheischen als der Beklagte besitze; derselbe versteure nur Frs. 10,000 Vermögen und Frs. 3000 Einkommen.
3. Es werde 100 Mal so viel Zucker, Type No. 3, gehandelt, als überhaupt vorhanden sei; der Zucker, welcher verkauft worden sein soll, habe noch gar nicht existirt.
4. Inhalt und Form der Korrespondenz zeigen, daß es sich nicht um reelle Zeitgeschäfte handle, sondern daß unter der Maske des Zeitgeschäftes das Börsenspiel sich verberge.
5. Daß der Kläger keine Lieferung gewärtigt habe, ergebe sich daraus, daß eine Provision von 2 % ausbedungen worden sei, während nach den Pariserkonditionen für Verkauf und Einkauf je nur 1 % berechnet werden dürfe, somit sei bei jedem Verkaufsgeschäft auch der Rückkauf eingeschlossen und vorgesehen gewesen.

In zweiter Linie wird vom Beklagten die actio beziehungsweise exceptio mandati directa geltend gemacht und behauptet, daß die eingeklagten Differenzen lediglich durch die mandatswidrige, fahrlässige Handlungsweise des Klägers entstanden seien. Nach dem hier zur Anwendung kommenden französischen Rechte hafte der mandataire bezw. commissionaire für jedes Verschulden; übrigens sei das ein allgemein geltender Rechtsgrundsatz, welcher auch ins Schweiz. Obligationenrecht übergegangen sei. Der Kläger habe speziell den Vorschriften der Art. 392, 395 und 396 des O.-R. zuwidergehandelt und hafte daher dem Beklagten für den hieraus entstandenen Schaden. Diesbezüglich sei auf die Thatsache zu verweisen, daß der Beklagte den Vertreter des Klägers sowie den Kläger selbst wiederholt ersucht und beauftragt habe, die Position zu decken und zwar zu einer Zeit, als die Curse noch so niedrig gestanden, daß für den Beklagten kein oder doch ein weit geringerer Schaden erwachsen wäre, so am 24. September, als der Zucker auf 34½ Fr. gestanden und am 5. bezw. 6. Oktober, als die Moyenne des Curses Fr. 36. 25 Cts. betragen habe. Nicht nur habe der Kläger nicht gedeckt, sondern am 5. Oktober ohne speziellen Auftrag eine weitere Baisseoperation für den Beklagten ausgeführt, obschon eine weitere Preissteigerung mit Sicherheit habe vorausgesehen werden können. Trotzdem ferner der Kläger aus dem Telegramm des Beklagten vom 17. Oktober habe entnehmen können, daß sein Auftraggeber Deckung wünsche und daher in die Hausse gehen wolle, zumal der Mittelkurs damals wieder Fr. 36. 25 Cts. betragen, habe er erst am 19. Oktober den Monat Oktober gedeckt und zwar nunmehr zum Curse von Frs. 36. 87. Weshalb aber bloß den Monat Oktober? Das sei angesichts der eigenen Aeußerungen Cavalieris ein Räthsel. Auch in der Zeit vom 20.—29. Oktober, während welcher der Curs zwischen Fr. 36. 75 und Fr. 37. 37½ geblieben, sei von Seite des Klägers trotz der ihm bekannten Disposition des Beklagten nichts geschehen. Die Zwangsdeckung sei dann am 19. November zu dem weit höhern Curse von Fr. 40. 50 Cts. erfolgt.

Das Verschulden des Klägers sei um so schwerer, als

1. die Marktlage und die Ernteberichte eine weitere Curssteigerung mit Sicherheit haben erwarten lassen,
2. Cavalieri entgegen seiner eigenen Kenntniß der Sachlage, also wider besseres Wissen und Gewissen die Deckung unterlassen habe.

In beiden Richtungen werde der Beweis angetreten und zwar durch Verweisung auf die Ernteberichte in den Oktobernummern des „Bulletin des Halles", auf ein Cirkular des Klägers vom 15. Oktober, worin von ungünstigen Ernteaussichten und daherigem Aufschwung der Zuckerpreise die Rede sei, und endlich durch Verweisung auf die Briefe des Klägers vom 15. und 17. Oktober, welche besagen, daß Käufe zu Fr. 35. — per 4. Januar wohl zu empfehlen seien, und daß Cavalieri für Dreifuß etwas à la hausse unternehmen werde, sobald die Preise gegen Fr. 35—36 gewichen sein werden. Wenn der

Kläger, — so wird weiter gefolgert, — nach seiner eigenen Ueberzeugung es nur für empfehlenswerth habe finden können, zu ca. 36 in die Hausse zu gehen, so sei es logischerweise gefährlich gewesen, bei einem Moyenne-Preise von unter 36 Fr. à découvert in der Baisse zu bleiben.

H. Seitens des Klägers wurde noch der Beweis bezw. Gegenbeweis dafür offerirt, daß er so gehandelt habe, wie unter den damaligen Verhältnissen andere ordentliche Geschäftsleute auf dem Platze Paris auch vorgegangen sein würden und daß durchaus keine Veranlaßung vorgelegen habe, von seiner Auffassung der Sachlage abzuweichen.

Entscheidungsgründe:

1. Es steht fest, daß der Kläger beauftragt worden ist, für Rechnung des Beklagten auf dem Platze Paris 400 Sack Zucker, weiß, No. 3, auf die Monate Oktober, November, Dezember 1887 und Januar 1888, sowie 20,000 Ko. Rüböl auf die Monate Januar, Februar, März und April 1888 zu einem bestimmten Preise zu verkaufen. Ferner ist nicht bestritten, daß der Beklagte einen weitern auf seine Rechnung ausgeführten Verkauf von 400 Sack Zucker, weiß, No. 3, auf die Lieferungsmonate Januar bis April 1888 genehmigt hat. Endlich geht aus den Akten hervor, daß der Kläger sich für jedes Geschäft eine Provision von 2 % hat versprechen lassen, seine Stellung war also zunächst diejenige eines Kommissionärs. Da er jedoch die Ausführung der Verkaufsaufträge gemeldet hat, ohne eine andere Person als Käufer zu nennen, so ist er gemäß Art. 446 d. O.-R. als Selbstkontrahent zu betrachten.

2. Aus dem gleichen Grunde ist denn auch ein Selbstverkauf anzunehmen hinsichtlich der 100 Sack Zucker per Oktober 1887, deren Deckung der Kläger anzeigte, ohne den Namen des Verkäufers bekannt zu geben. Der Betrag von Fr. 348, welchen der Kläger mit Bezug auf die Oktoberpartie einklagte, ist der Saldo, welcher sich aus den beiden zwischen ihnen abgeschlossenen Kaufsgeschäften auf Grund der Marktpreise zur Zeit der Ausführung (Art. 444 Abs. 2 des O.-R.) ergeben hat.

3. Anders verhält es sich mit allen übrigen Verkaufsposten, deren Liquidation am 19. November 1887 stattgefunden hat. Es ist nicht bestritten, daß nach Pariser Platzgebrauch, welchem die Litiganten ihr Vertragsverhältniß unterstellt haben, der Kläger befugt war, die ihm verkauften Waaren auf Rechnung des säumigen Schuldners anzukaufen. Der Kläger fordert nun die Differenz zwischen dem stipulirten Verkaufspreis und dem Ankaufspreis als den ihm aus dem vertragswidrigen Verhalten des Beklagten entstandenen Schaden. Von Seite des Letztern ist nicht in Abrede gestellt worden, daß die betreffenden Deckungskäufe stattgefunden haben, übrigens liegen die Schlußzeddel bei den Akten und es ist auch die Richtigkeit der dem Beklagten zugestellten Liquidationsrechnungen an sich nicht angefochten.

4. Dagegen erhebt der Beklagte in erster Linie die Einrede des Spiels, indem er behauptet, Gegenstand des Vertrages sei lediglich die Differenz zwischen dem Verkaufspreise und dem Marktpreise des Stichtages gewesen. Der von seinem Vertreter eingenommene Standpunkt, daß diese Einrede nach französischem Rechte zu beurtheilen sei, ist nach dem Entscheide des Bundesgerichtes vom 1. Mai 1888 in Sachen Titzk ca. Lappé (bundesgerichtliche Entscheidungen, Bd. XII, pag. 376 ff.) unhaltbar. Es ist nämlich dort ausgesprochen worden, daß die Vorschrift des Art. 512 des O.-R., wonach aus solchen Lieferungs- und Differenzgeschäften über Waaren und Börsenpapiere, welche den Charakter eines Spiels oder einer Wette haben, keine Forderung entsteht, vom schweizerischen Richter auch dann anzuwenden sei, wenn solche Geschäfte im Auslande zu erfüllen und dort gültig sind. Uebrigens wäre die französische Gesetzgebung in diesem Punkte dem Beklagten schwerlich günstiger, denn Art. 1 des Gesetzes über die Termingeschäfte (Lois sur les marchés à terme) vom 28. März 1885 lautet:

„Tous marchés à terme, sur effets publics „et autres, tous marchés à livrer sur denrées „et marchandises sont reconnus légaux.

„Nul ne peut, pour se soustraire aux obli„gations qui en resultent, se prévaloir de

„l'article 1965 du code civil, lors même „qu'ils se résondraient par le payement d'une „simple différence."

Die Einrede des Spiels wäre also nach französischem Rechte unzulässig, sie kann aber auch auf Grund des Art. 512 des Obl.-R. unter den vorliegenden Verhältnissen nicht geschützt werden.

5. Als Kriterium der eigentlichen, unklagbaren Differenzgeschäfte ist durch den bereits citirten Entscheid des Bundesgerichtes in Sachen Titzk ca. Lappé aufgestellt worden eine von den Vertragsparteien auf unzweifelhafte Weise kundgegebene Willenserklärung des Inhalts, daß sie weder kaufen noch verkaufen, sondern die Lieferung der Waare ausschliessen und den Vertrag lediglich durch Bezahlung der Differenzen erfüllen wollen, welche aus der Verschiedenheit der Kurse zu Gunsten des einen oder andern Theiles resultiren. — In einem spätern Entscheide des Bundesgerichts vom 24. Juli 1886 i. S. Rüegger und Knörr gegen die Kreditanstalt Luzern (bundesgerichtl. Entscheid. Bd. XII pag. 163) ist dieser Grundsatz durchaus festgehalten und weiter gesagt worden, daß Geschäfte, bei welchen den Parteien die Wahl zwischen wirklicher Erfüllung und der Regulirung durch Bezahlung und Empfang der Differenz zustehe, nicht als bloße Spiel- und Wettgeschäfte zu betrachten seien.

6. Der Beklagte gibt nun selbst zu, daß eine ausdrückliche Vereinbarung im erwähnten Sinne nicht stattgefunden hat, dagegen will er die Absicht der Parteien, den Vertrag lediglich durch Begleichung der Kursdifferenz zu erfüllen, aus den Umständen herleiten. Allein die angeführten Indizien sind nicht ausreichend, um dem Richter die Ueberzeugung beizubringen, daß Recht und Pflicht effektiver Lieferung und Abnahme der verkauften Waaren beidseitig habe ausgeschlossen werden sollen.

Die berufliche Stellung des Beklagten schließt keineswegs aus, daß derselbe auch bezüglich der in Frage stehenden Waarenbranchen gewisse Erfahrungen besitze; es ist dieses Moment auch ohnehin von untergeordneter Bedeutung, da es ja vorkommt, daß Jemand in Artikeln spekulirt, die er nicht oder nicht genügend versteht.

Unerheblich ist ferner, daß der Beklagte kein Zucker- und Rüböllager besitzt und daß der Kläger das gewußt hat. Man nahm eben beidseittg an, daß der Beklagte, wie jeder Andere der à découvert verkauft, sich durch ein bis zum Lieferungstermin abgeschlossenes Kaufsgeschäft in die Lage versetzen werde, liefern zu können. Damit war noch gar nicht gesagt, daß der Beklagte seinen Bedarf durch Vermittlung des Klägers decken müsse; letzterer brauchte sich auch gar nicht darum zu kümmern, in welcher Weise der Beklagte für Deckung sorge. Dafür, daß die verkauften Quantitäten Zucker und Rüböl nicht erhältlich gewesen wären, liegt absolut nichts vor. Mit der allgemeinen Behauptung, es werde 100 Mal so viel Zucker und Rüböl gehandelt, als überhaupt vorhanden sei, wird jener Beweis nicht erbracht.

Wenn gesagt wird, der effektive Umsatz von solchen Quantitäten Zucker und Rüböl würde ein viel größeres Vermögen erheischen, als der Beklagte besitze, so übersieht dessen Vertreter das Institut des Reportgeschäftes, welches auch Spekulanten, welche nicht über große Geldmittel verfügen, ermöglicht, beträchtliche Liefergeschäfte abzuschließen; so behilft sich derjenige, welcher, wie hier der Beklagte à la baisse spekulirt und die verkauften Waaren nicht liefern kann, in der Weise, daß er seinerseits mit einem Dritten einen Kauf abschließt; sein Verkäufer liefert die Waare dem ersten Käufer und erhält dafür von diesem den Kaufpreis, sodaß der Spekulant nur noch für einen allfälligen Preisaufschlag aufzukommen hat. Es findet also ein effektiver Waarenumsatz statt, ohne daß der Spekulant mehr Vermögen nöthig hätte, als erforderlich ist, um das Risiko einer ihm ungünstigen Preisänderung tragen zu können.

Sodann soll nach der Ansicht des beklagtischen Vertreters die zwischen den Litiganten gepflogene Korrespondenz darauf hinweisen, daß es sich nicht um reele Zeitgeschäfte, sondern um Börsenspiel gehandelt habe. In erster Jinie wird verwiesen auf den Brief des Beklagten vom 29. September 1887,

worin dieser von möglichst günstiger Realisirung, sei es durch Deckung, sei es durch weitern Verkauf oder Kauf behufs Moyenne-erzielung spricht. Allein mit den letztern Worten ist nichts Weiteres gesagt, als daß der Beklagte darauf bedacht war, durch Abschluß eines zweiten Geschäftes in entgegengesetzter Richtung das Risiko des erstern zu paralysiren, bezw. zu vermindern. Es ließe sich gegentheils die Frage aufwerfen, weßhalb sich denn der Beklagte um die Deckung, d. h. die Anschaffung der verkauften Waaren gekümmert habe, wenn es sich doch lediglich darum gehandelt haben soll, am Stichtage die Differenz des Verkaufspreises und des Marktpreises des Stichtages zu reguliren.

Ebensowenig kann aus dem Wunsche des Beklagten im Briefe vom 14. Oktbr., daß die aus seinen Operationen erwachsenden Differenzen sich in einem bescheidenen Maße bewegen möchten, eine auf Ausschluß reeler Lieferung zielende Verabredung hergeleitet werden; der Beklagte mag allerdings an eine Erledigung des Geschäftes durch bloße Regulirung der Differenz gedacht haben, und der Kläger hatte auch keine Veranlassung gegen diese Auffassung zu remonstriren, so lange die Möglichkeit gegeben war, einen Deckungskauf abzuschliessen, denn in diesem Falle kam wirklich nur die Differenz zwischen dem Verkaufs- und Ankaufspreis in Frage. Wenn der Kläger am 19. Oktober schreibt, er habe es für rathsam erachtet, per Oktober nicht mehr länger in blanco zu bleiben und daher die 100 Sack Zucker gedeckt, so beweist das ja gerade, daß man sich gezwungen sah, die fällige Lieferung zu beschaffen.

Die Behauptung endlich, es sei in der Kommissionsgebühr von 2 % der Rückkauf eingeschlossen gewesen, indem nach den Pariser Conditionen die Verkaufs- und Einkaufsprovision je 1 % betrage, steht im Widerspruch mit den vom Beklagten unterschriftlich bestätigten Geschäftsschlüssen, wonach die 2 % für jedes *Verkaufs*geschäft versprochen worden sind.

7. In zweiter Linie will der Beklagte den Kläger für den ungünstigen Ausgang der ihm übertragenen Operationen verantwortlich machen, indem er demselben Fahrläßigkeit zur Last legt. Auch hier kann die vom Vertreter des Beklagten aufgeworfene Frage, welches örtliche Recht bei Beurtheilung dieser Einrede zu Grunde zu legen sei, unerörtert bleiben, da die Haftung des Commissionärs für Verschulden nach franz. Recht keine weitgehendere ist, als nach eidgen. Recht. Gemäß Art. 110 des O.-R. haftet nämlich der Schuldner im Allgemeinen für jede Fahrläßigkeit, beim Verhältnisse der Commission aber treffen Rücksichten, welche eine beschränktere Haftung rechtfertigen, wie z. B. Unentgeltlichkeit der Leistung, nicht zu.

8. Bevor jedoch auf die Frage der Verschuldung eingetreten werden kann, wird Art und Umfang des dem Kläger ertheilten Auftrages festzustellen sein und in dieser Richtung ist von Bedeutung, daß der Beklagte denselben selbst als einen Vertrauensauftrag bezeichnet hat. Damit ist doch nichts anderes gesagt, als daß die Art der Ausführung ganz dem freien Ermessen des Commissionärs überlassen werde, selbstverständlich in der Meinung, daß derselbe die Interessen des Committenten nach bestem Wissen und Gewissen wahren werde. Dementsprechend hat sich denn auch der Beklagte der Ertheilung strikter Aufträge, in dieser oder jener Weise vorzugehen, enthalten und auch da, wo er seine Meinung äußerte, immer erklärt, er wolle den Ansichten und Dispositionen des Klägers in keiner Weise vorgreifen. Der Standpunkt, es habe Letzterer Weisungen des Beklagten mißachtet, ist erst eingenommen worden, als der Verlust auf der Oktoberpartie gedeckt werden sollte und der Beklagte den Versuch machte, seine Verpflichtungen von sich abzuschütteln.

9. Was speziell die Deckungsordre betrifft, welche der Beklagte am 24. September 1887 ertheilt haben will, so ergibt sich aus dessen Brief vom 29. September 1887, daß er selbst seine damalige Meinungsäußerung zu Zeiz als für den Kläger durchaus unmaßgeblich betrachtet hat. Nachdem nämlich Letzterer erklärt hatte, wenn Dreifuß an eine Hausse glaube, so solle er ihm direkte Ordre zugehen lassen, erhielt er von diesem vollständig „plein pouvoir“. Ebensowenig hatte die

Mittheilung, welche der Beklagte dem Kläger am 5. Oktober durch Zeiz zugehen ließ, irgend welchen imperativen Charakter; es ist nämlich wohl zu beachten, daß es in dem Briefe des Zeiz vom 6. Oktober heißt, er habe Cavalieri ersucht, die 800 Sack Zucker bei 35½, eventuell zu einem noch etwas höheren Preise zu decken, „wenn er es für gut erachte.“ Es war also vollständig Sache des Klägers, zu ermessen, ob der günstige Augenblick zur Vornahme des Deckungskaufes gekommen sei. In diesem Sinne lautet auch das Telegramm des Beklagten an den Kläger vom 17. Oktober und das Schreiben vom nämlichen Tage; in letzterem ist bemerkt, daß der Beklagte die Erledigung der 4. Januarposition ganz der Meinung des Klägers überlasse und überlassen müsse.

10. Nach dem Gesagten ist keine Rede davon, daß der Kläger bestimmten Anweisungen des Beklagten zuwidergehandelt habe, und kann es sich nur noch fragen, ob der Kläger die Interessen des Beklagten nicht gehörig gewahrt, mit andern Worten, ob ein ordentlicher Geschäftsmann unter den obwaltenden Verhältnissen anders gehandelt hätte. Selbstverständlich ist der Beklagte für ein Verschulden des Klägers als die Grundlage seines Schadenersatzanspruches beweispflichtig. Nun ist freilich Beweis dafür offerirt worden, daß die Marktlage und die Ernteberichte in der kritischen Zeit derart gewesen seien, daß eine weitere Preissteigerung mit Sicherheit habe vorausgesehen werden können, und daß der Kläger wider besseres Wissen die Deckung der schwebenden Engagements unterlassen habe. In ersterer Beziehung verweist der Vertreter des Beklagten auf die Ernteberichte in den Oktobernummern des „Bulletins des Halles“, allein es ist ohne Weiteres einleuchtend, daß durch diese Zeitungsberichte der Beweis für jene Behauptung nicht geleistet werden kann, denn einmal liegt nichts dafür vor, inwieweit der Kläger auf dieselben hätte abstellen sollen und dürfen, oder ob er nicht Grund gehabt habe, abweichender Ansicht zu sein.

Die Citate aus der Korrespondenz, welche dafür angeführt werden, daß der Kläger ein Steigen der Zuckerpreise selbst als unabweislich erkannt habe, sind nicht so schlüssig, wie der Vertreter des Beklagten meint. Richtig ist, daß der Kläger in einem Cirkular vom 15. Oktober 1887 von einem augenblicklichen Aufschwung der Zuckerpreise spricht, wie jedoch aus dem Briefe vom gleichen Tage hervorgeht, glaubte er durchaus nicht daran, daß die Tendenz eine anhaltende sein werde, denn er sagt dort: „Ein weiterer Rückschlag scheint mir nicht unwahrscheinlich, indessen ist wohl wenig Aussicht vorhanden, die frühern nidrigsten Preise wieder zu sehen.“ Im Briefe vom 17. Okt. wird widerum die Ansicht ausgesprochen, es sei nicht unwahrscheinlich, daß in der nächsten Zeit ein Preisrückgang eintreten werde; deshalb wartete der Kläger mit den Deckungseinkäufen noch zu. Der Beklagte findet einen Widerspruch im Verhalten des Klägers insofern, als derselbe damals empfohlen habe, bei einem Kurse von Fr. 35/36 etwas à la hausse zu unternehmen; allein dieser Widerspruch ist nur ein scheinbarer, denn die Situation mag ja damals derart gewesen sein, daß für die nächste Zeit ein Preisrückgang, für die Monate Januar bis April 1888, dagegen ein Steigen des Zuckerpreises vorauszusehen war, so daß sich ein Unternehmen à la hausse — wie sich der Beklagte im Brief vom 29. September 1887 ausdrückt — behufs Moyennerzielung, am Platze gewesen wäre.

Anderweitige Thatsachen, aus welchen geschlossen werden könnte, der Kläger habe fahrläßig oder sogar wider besseres Wissen gehandelt, sind nicht namhaft gemacht worden, es mangelt also an jeder Grundlage für ein Beweisverfahren. Ein solches wäre nur dann anzuordnen gewesen, wenn der Beklagte zum Beweis durch Expertise verstellt hätte, daß nach der Situation, wie sie sich auf Grund der damaligen Ernteberichte gestaltete, ein ordentlicher Geschäftsmann anders gehandelt hätte.

Es fällt also auch diese zweite Einrede Mangels eines erheblichen Beweisanerbietens dahin.

11. Der Kläger fordert laut der Weisung von der eingeklagten Summe Zins à 6 %

vom 19. November 1887 und es ist dieser Anspruch entgegen der Ansicht des Beklagten, daß Zinse nur von den einzelnen Liefermonaten an berechnet werden können, gutzuheißen. Es ist nämlich nicht bestritten worden, daß der Kläger die geforderten Beträge bei der Liquidation hat auslegen müssen; somit ist die Zinspflicht des Beklagten gemäß Art. 439 des O.-R. begründet.

Schluss:

1. Der Beklagte ist schuldig, an den Kläger Fr. 5040 sammt Zins à 6 % seit 19. November 1887 zu bezahlen.
2. Die Staatsgebühr ist auf Fr. 150 festgesetzt.
3. Die Kosten sind dem Beklagten auferlegt.
4. Derselbe hat dem Kläger eine Prozeßentschädigung von Fr. 120 zu bezahlen.
5. Mittheilung an die Partheien.

Anmerkung. Die von Dreifuß gegen das Urtheil des Handelsgerichtes in Sachen seiner contra *J. Bloch* vom 18. November 1887 (*abgedruckt in Nr. 1 dieser Blätter vom laufenden Jahrgang*) eingereichte Kassationsbeschwerde ist mit Beschluß vom 25. Februar 1888 vom Kassationsgericht abgewiesen worden, weil die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe:

a. daß die Verwerfung der Einrede des unklagbaren Differenzgeschäftes auf aktenwidriger Annahme beruhe,
b. daß die Würdigung der zur Begründung dieser Einrede angeführten Thatsachen im Sinne der *Nicht*schlüssigkeit derselben für das Vorhandensein eines unklagbaren Differenzgeschäftes eine so absolut unrichtige sei, daß von Verweigerung rechtlichen Gehörs gesprochen werden müsse, welcher Kassationsgrund überdem auch insofern vorliege, als verschiedene Thatsachen in den Entscheidungsgründen überhaupt gar nicht besprochen werden,
c. daß der Entscheid in offenbarem Widerspruch mit Art. 512 des O.-R. stehe,
d. daß die Nichtabnahme des dafür anerbotenen Beweises, daß Dreifuß von Bloch durch Betrug zum Geschäftsabschluß verleitet worden sei, eine Verweigerung rechtlichen Gehörs in sich schließe, und
e. daß die Verwerfung verschiedener gegen das Quantitativ der Forderung vorgebrachter Einwendungen theils auf aktenwidriger Annahme beruhe, theils sich als Verweigerung des rechtlichen Gehörs darstelle,

bei richtiger Würdigung der Entscheidungsgründe einer- und richtiger Auslegung des Gesetzes (§ 704 des Rechtspflegegesetzes) anderseits überall *nicht* als vorhanden betrachtet werden können.

Haftpflicht

aus dem Art. 61 des O.-R.

Der dem Beklagten obliegende Beweis, daß er das übliche und durch die Umstände gebotene Maß von Sorgfalt in der Beaufsichtigung beobachtet habe, kann schon in den Verumständungen des Falles selbst liegen und dannzumal bedarf es natürlich keiner weitern, sich auf besondere, vom Beklagten neu vorgebrachte Thatsachen beziehenden Beweisantretung und Beweiserhebung.

Die gesetzliche Vermuthung des Art. 61 des O.-R. bezieht sich nur auf das Verschulden durch mangelhafte *Beaufsichtigung*, nicht aber auch auf das Verschulden durch *schlechte Erziehung*, woraus folgt, daß wenn der Kläger ein Verschulden letzterer Art behauptet, ihm der Beweis obliegt.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 21. Februar 1888.

Die Firma Diebold & Sohn, Kleiderconfectionsgeschäft in Zürich bewirbt als Mietherin an der Ecke Bahnhofstraße-Schützengasse daselbst einen Laden mit sechs großen Schaufenster-Spiegelscheiben, die eine Höhe von 3 Meter und eine Breite von 2 Meter haben. Am 9. Juni 1887 spielten verschiedene elementarschulpflichtige Kinder auf dem Heimwege aus der Vormittagsschule auf dem Trottoir in der Nähe jener Schaufenster. Bei diesem Anlaß wurde ein Stein oder eine

Spielkugel (sogenannte „Klüre") in eines der Schaufenster geworfen, welches von beiden ist nicht absolut festgestellt, weil das der Thäterschaft beschuldigte Kind diese in Abrede stellt und die andern als Zeugen einvernommenen Kinder in ihren Aussagen nicht einig gehen, indessen liegt immerhin mehr Wahrscheinlichkeit dafür vor, daß der in die Scheibe geworfene Gegenstand eine Spielkugel (sogenannte „Klüre") war. Derselbe drang durch die Scheibe hindurch, es entstand ein Loch und von diesem aus gab es dann in der Folge verschiedene Risse. Die Ladeninhaber, Diebold & Sohn taxirten den entstandenen Schaden auf 210 Fr. und da sie, gestützt auf die Aussagen der andern Kinder annehmen zu dürfen glaubten, daß deren Spielgenossin Martha Hauser die Scheibe eingeworfen habe, so belangten sie deren Mutter, Frau Anna Hauser gestützt auf den Art. 61 des O.-R. auf Ersatz dieser Schadenssumme. Thatsächlich war anerkannt, daß die Beklagte als Mutter diejenige Person sei, welcher die rechtliche Verpflichtung obliege, die häusliche Aufsicht über das Kind Martha Hauser zu führen. Gleichwohl bestritt sie die Haftpflicht und zwar einerseits gestützt auf die Negation, daß ihr Kind die Scheibe eingeworfen habe und anderseits gestützt auf die Einrede, daß von ihr das übliche und durch die Umstände gebotene Maß von Sorgfalt in der Beaufsichtigung des Kindes beobachtet worden sei. Die erste Insanz ging davon, daß die Thäterschaft des Kindes bewiesen sei und beseitigte die genannte Einrede mit dem Satz, daß die Beklagte keinerlei selbständige Thatsachen behauptet und zum Beweise verstellt habe, aus denen sich ergeben würde, daß sie das übliche und durch die Umstände gebotene Maß von Sorgfalt in der Beaufsichtigung des Kindes beobachtet habe. Der daraus folgende Schluß war die Verurtheilung der Beklagten zum Schadenersatz.

Anders entschied die zweite Instanz. Sie wies die Klage ab, davon ausgehend, daß wenn auch Martha Hauser die Scheibe eingeworfen haben sollte, welche Frage unerörtert bleiben könne, die Beklagte deßwegen nicht hafte, weil der ihr obliegende Beweis, daß sie das übliche und durch die Umstände gebotene Maß von Sorgfalt in der Beaufsichtigung ihres Kindes beobachtet habe, schon durch die begleitenden Umstände des Falles selbst als geführt betrachtet werden müsse, weßhalb es eines besondern, sich auf selbständige von der Beklagten vorgebrachten Thatsachen fußenden Beweises nicht bedürfe.

Gründe :

1. Zur Herstellung des Klagefundaments der auf Art. 61 des O.-R. gegründeten Klage genügt die Thatsache, daß Martha Hauser, das Kind der Beklagten, über welches ihr die häusliche Aufsicht zusteht, am 9. Juni 1887 einen Stein oder eine Spielkugel (Klüre) gegen das Schaufenster des von der Klägerin gemietheten Ladenlokals geworfen und dadurch den eingeklagten Schaden verursacht hat, und es ist eine von der Beklagten zu beweisende Einrede, daß sie das übliche und durch die Umstände gebotene Maß von Sorgfalt in der Beaufsichtigung ihres Kindes beobachtet habe. Allein der Beweis für diese Einrede ist geleistet und es muß daher die Klage abgewiesen werden.

2. Zwar sind es im Wesentlichen nur die thatsächlichen Vorfälle bei der Schädigung selbst, auf welche sie für diesen Beweis abstellt; aber wenn dieselben hiefür genügen, ist es nicht nöthig, noch mehreres zu verlangen. Auch ist es natürlich unerheblich, daß dieselben erstinstanzlich nicht von der Beklagten, sondern von der Klägerin und den Zeugen vorgebracht worden sind; denn die erstere ist berechtigt, dieselben auch für den ihr obliegenden Beweis in Anspruch zu nehmen. Uebrigens hat die Beklagte wenigstens in einem Punkte das thatsächliche Fundament ihrer Einrede durch eine selbständige Behauptung ergänzt, indem sie in der Appellationsverhandlung vortragen ließ, der Vorfall habe sich ereignet, unmittelbar nachdem Martha mit andern Kindern aus der Vormittagsschule gekommen sei, also auf dem Heimwege von der Schule nach Hause und es kann aus dieser Thatsache auch ein ungefährer Schluß auf das aus den Akten merkwürdigerweise nicht ersichtliche und doch in verschiedenen Beziehungen nicht

unerhebliche Alter der Martha Hauser gezogen werden. Die Klägerin hat diese allerdings erst in der Appellationsverhandlung vorgebrachte Thatsache weder als unzuläßig, angefochten noch deren thatsächliche Richtigkeit bestritten und es ist dieselbe daher als anerkannt zu betrachten.

3. Es ist nun gewiß einleuchtend, daß es nicht als eine Außerachtlassung des üblichen und durch die Umstände gebotenen Maßes von Sorgfalt in der Beaufsichtigung angesehen werden kann, wenn die Eltern ihre Kinder nicht aus der Schule abholen, sondern den Weg nach Hause allein resp. in Begleitung der andern Schulkinder machen lassen, ja es wäre schon entschieden zu weit gegangen, es ihnen als Mangel an gehöriger Beaufsichtigung anzurechnen, wenn sie solche Kinder in der kurzen Zwischenzeit zwischen der Vormittagsschule und dem Mittagessen sich ohne Aufsicht im Freien d. h. auf der Straße herumtummeln lassen, zumal wenn sie durch ihr Geschäft an eigener Beaufsichtigung gehindert sind, wie dieß bei der Beklagten der Fall ist, welche unbestrittenermaßen einen Spezereiladen besitzt, den sie allein zu besorgen hat.

4. Auch darin kann man keinen Mangel an gehöriger Aufsicht erblicken, daß das Kind mit Zustimmung seiner Mutter „Spielkugeln“ sog. „Klüren“ besessen hat, gesetzt dieß sei überhaupt thatsächlich der Fall gewesen und es habe mit einer solchen Spielkugel und nicht mit einem Steine das Schaufenster eingeworfen; denn an sich ist dieses Spielzeug nicht geeignet, in der Hand von Kindern Schaden anzurichten, namentlich wenn dieselben bereits in schulpflichtigem Alter stehen und daher wissen müssen, daß sie damit nicht gegen Scheiben werfen dürfen und die Eltern trifft daher kein Verschulden, wenn sie solche Spielsachen ihren, die Schule besuchenden Kindern in die Hände geben, ohne sie nachher beim Spiele zu beaufsichtigen.

5. Es bleibt daher nur der Mangel an gehöriger Erziehung und speziell der Mangel gehöriger Einschärfung, in der Nähe von Schaufenstern nicht mit Steinen zu werfen, was man der Mutter als Verschulden anrechnen und mit der Schädigung in ursächlichen Zusammenhang bringen könnte, denn ein anderes schuldhaftes Thun und Lassen der Beklagten, bei welchem dieser Zusammenhang ebenfalls noch vorhanden wäre, ist nicht gedenkbar. Nun spricht aber Art. 61 des O.-R. nur von Mangel an Sorgfalt in der *Beaufsichtigung* und es gilt daher die dadurch geschaffene gesetzliche Vermuthung des Verschuldens nicht für *jedes* Verschulden, sondern nur für dasjenige, welches in dem Mangel an gehöriger Beaufsichtigung des Kindes liegt, namentlich also nicht für jedes Vorschulden durch schlechte Erziehung. Wenn daher die Klägerin behaupten will, daß die Beklagte den Schaden durch schlechte Erziehung ihres Kindes, insbesondere durch Unterlassung der Einschärfung des Verbots, mit Steinen zu werfen, was ja ebenfalls unter den Begriff mangelhafter Erziehung fällt, mitverschudet habe, so ist es ihre Sache, hiefür nach den gewöhnlichen Beweisregeln den Beweis zu leisten. Uebrigens ist ein Kind im Alter der Martha Hauser, wie bereits angedeutet worden ist, klug genug, um ganz von sich aus zu wissen, daß es in der Nähe von Schaufenstern nicht mit Steineu werfen darf, und es wäre daher im vorliegenden Falle von vorne herein unmöglich, den Kausalzusammenhang einer mangelhaften Erziehung mit dem eingetretenen Schaden nachzuweisen.

6. Wenn daher auch die Martha Hauser in absichtlicher oder fahrlässiger Weise das Schaufenster eingeworfen und dadurch die Klägerin geschädigt haben sollte, so ist doch eine Mitschuld ihrer Mutter deßwegen, weil sie nicht das übliche und durch die Umstände gebotene Maß von Sorgfalt in der Beaufsichtigung beobachtet hätte, nicht anzunehmen und hat somit die Beklagte den Beweis für ihre, die Klage zu Falle bringende Einrede geleistet.

Eigenthumserwerb der Kollektivgesellschaft an Mobilien,

welche von einem Gesellschafter, trotzdem er selbst nicht Eigenthümer ist, kraft Gesellschaftsvertrag als Einlage in das Gesellschaftsvermögen gebracht werden. Der gute Glaube *der Gesellschaft* als Voraussetzung für den Erwerb (Art. 205 und 207 des O.-R.) Derselbe wird ausgeschlossen durch den bösen Glauben des Einlegers, selbst wenn der andere Gesellschafter gutgläubig war.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 14. Dezember 1888.

Anfangs der 1870er Jahre betrieb die Firma Wirz & Cie. in Zürich in Hittnau eine Seidenzwirnerei. Damals war auch J. M. Seel, Vater, Antheilhaber derselben. Im Jahre 1873 kam dann aber zwischen ihm und der Firma eine vertragliche Separation zu Stande, kraft welcher Wirz & Cie die Waaren, *worunter auch die in der Fabrik befindlichen Maschinen* und die Guthaben, Vater Seel dagegen die Liegenschaften übernahm. Da aber der letztere zum Fortbetriebe des Geschäftes die Maschinen (Dampfmaschine, Dampfkessel, Schwungräder, Spuhlmaschinen, Windmaschinen, Zwirnmaschinen, Garnhäspel, Putzmaschinen etc.) natürlich nicht entbehren konnte, vermietheten ihm Wirz & Cie. dieselben zu einem jährlichen Zinse von 750 Fr. Vater Seel anerkannte mit Urkunde vom 11. April 1874 an Miethzins für Benutzung der Maschinen bis 1. Mai 1874 Fr. 187. 50 zu schulden und verpflichtete sich, diesen Betrag mit Maitag 1874 zu bezahlen sowie bis zur vorgenommenen und vollzogenen Liquidation pünktlich weiterzuzinsen (und zwar mit Fr. 187. 50 per Vierteljahr). Auch in spätern Korrespondenzen anerkannte Vater Seel das Eigenthum der Firma Wirz & Cie. an den Maschinen und ebenso seine Miethzinspflicht.

Mittelst notarialisch beglaubigter Schenkungsurkunde d. d. 6. Dezember 1884 übertrug der Vater J. M. Seel neben andern Gegenständen auch die fraglichen Maschinen, obgleich dieselben nicht ihm, sondern Wirz und Cie. gehörten, seinem Sohn, Joh. Friedried Seel zu Eigenthum. Diese Schenkung war von diesem schon mit Urkunde vom 1. Dezember 1884, beglaubigt unterm 5. Jan. 1885 angenommen und mit dem Versprechen einer Jahresrente an den Schenkgeber erwidert worden.

In der letztgenannten Urkunde ist bemerkt, daß die Schenkung den Zweck habe, dem Beschenkten die Betheiligung mit einem Einlagekapital von 20,000 Fr. an der zu gründenden Firma Seel & Nocht zu ermöglichen.

Der Gesellschaftsvertrag zwischen dem Sohne Joh. Friedrich Seel und Ewald Nocht aus Breslau kam dann in der That zu Stande am 8. Dezember 1884 mit notarialischer Beglaubigung vom gleichen Tage. Nach diesem Vertrage legte J. Friedrich Seel als Einlagekapital ein die sämmtlichen im Fabrikcomplex befindlichen Gegenstände im Werthe von 15,000 Fr., worunter unbestrittenermaßen auch die der Firma Wirz & Cie. gehörenden Maschinen.

Am 18. Juni 1887 gerieth die Firma Seel und Nocht in Konkurs. Da sie Besitzerin der fraglichen Maschinen war, so wurden diese ins Aktivenverzeichnis aufgenommen. Wirz & Cie. traten als Vindikanten auf, die Notariatskanzlei als Vertreterin der Auffallsmasse und einige Gläubiger bestritten jedoch die Ansprache und es kam deßhalb zum Konkursprozeß. In einer vom 28. September 1887 (Tag der Konkursverhandlung) datirten Urkunde erklärt J. Friedrich Seel unterschriftlich, was folgt: „Um mich bei der neuen Firma (Seel & Nocht) zu betheiligen, stellte mein Vater für mich eine Schenkungsurkunde aus über die bisher in den Fabriklokalitäten befindlichen Maschinen, sowohl derjenigen für Seidenzwirnerei, welche Wirz und Cie. beanspruchen als auch derjenigen für Baumwollzwirnerei, die meinem Vater gehörten. Diese Maschinen alle brachte ich als Gesellschaftseinlage in die Firma Seel und Nocht als zu 15,000 Fr. angesetzt."

»Ich hatte Kenntniss davon, dass die mir vom Vater geschenkten Seidenzwirn- und Windmaschinen noch nicht sein volles Eigenthum seien resp. dass die Liquidation noch nicht definitiv beendigt sei; gleichwohl habe ich die Schenkung angenommen

und die Maschinen ohne Vorbehalt im Societätsvertrag als Einlage in die Firma Seel und Nocht gebracht.«

Auf die persönliche Befragung des Konkursrichters gab J. Friedrich Seel folgende Auskunft:

„Ich wußte, daß Wirz & Cie. Eigenthümer der streitigen Maschinen sind. Wenn mein Vater dennoch dazu gekommen ist, mir dieselben zu schenken, so rührt dieß jedenfalls davon her, daß er glaubte, Wirz & Cie. haben ihm dieselben vollständig d. h. zu Eigenthum überlassen. Bei Abschluß des Societätsvertrages habe ich Nocht gegenüber das Verhältniß zur Sprache gebracht und es wurde mündlich vereinbart, daß wenn Wirz und Cie. ein Recht auf die Maschinen mit Erfolg geltend machen sollten, so werden mir am Einlagekapital 2500 Fr. abgeschrieben. Die meisten der fraglichen Maschinen sind demontirt." Die Einsprecher nahmen den Standpunkt ein, es haben die Vindikanten Wirz & Cie. nicht nur zu beweisen, daß sie überhaupt einmal Eigenthümer der Vindikationsobjekte gewesen seien, sondern überdem, daß ihnen dieses Eigenthum auch zur Zeit der Schenkung vom Vater an den Sohn (6. Dezember 1884) noch zugestanden habe. Eventuell wurde geltend gemacht, daß der Sohn J. Friedrich Seel, selbst wenn sein Vater bei Vollzug der Schenkung nicht Eigenthümer der Maschinen gewesen sei, als gutgläubiger Erwerber dennoch Eigenthum an denselben erworben habe und daß das Eigenthum unter allen Umständen auf die Firma übergegangen sei, weil *diese* jedenfalls als gutgläubige Erwerberin angesehen werden müsse.

Die Eigenthumsansprache wurde von beiden Instanzen *gutgeheissen,* von der Appellationskammer des Obergerichtes

aus folgenden Gründen:

1. Aus den Akten ergibt sich, daß die Ansprecher und Rekursgegner einmal Eigenthümer der angesprochenen Gegenstände gewesen sind. Das genügt vorerst zur Begründung ihrer Klage und es ist unrichtig, wenn Rekurrenten behaupten, es liege den Ansprechern der weitere Beweis ob, daß sie auch noch am 6. Dezember 1884 (Zeitpunkt der Schenkung von Vater Seel an seinen Sohn) Eigenthümer gewesen seien; es ist vielmehr Sache der Einsprecher, zu beweisen, daß und wann das einmal festgestellte Eigenthum der Ansprecher aufgehört habe. Ein solcher Nachweis ist aber nicht erbracht und nicht angetragen.

2. Die Konkursmasse leitet ihr Eigenthum denn auch nicht direkt von den Ansprechern ab, sondern von J. F. Seel, der die streitigen Sachen der Gesellschaft eingebracht und zu Eigenthum übertragen hat. Die Frage aber, ob ein Eigenthumsübergang in Folge des Gesellschaftsvertrages vom 8. Dezember 1884 stattgefunden hat, ruft vorerst der Frage, ob J. Friedrich Seel gestützt auf den Schenkungsakt vom 6. Dezember Eigenthum erworben habe und das kann, da sein Urheber, Vater Seel nicht Eigenthümer war, nur dann angenommen werden, wenn sich J. F. Seel damals in gutem Glauben bezw. nicht in bösem Glauben befunden hat. (Art. 205 und 207 des O.-R.) Nun ist J. F. Seel der Sohn des Veräußerers und es ergibt sich schon aus diesem Umstande, daß von gutem Glauben kaum die Rede sein kann. Dazu kommt sein zu den Akten gebrachtes schriftliches Bekenntniß vom 28. September und seine mündliche Aussage in der Konkursverhandlung, sodaß an dem bösen Glauben des J. F. Seel nicht gezweifelt werden darf. Die Schenkung und Gegenschenkung vom 1./6. Dezember 1884 zwischen Vater und Sohn war offenbar eine bewußte Machination, um den Mitgesellschafter Nocht zur Eingehung des Gesellschaftsvertrages zu bewegen.

3. Wenn daher J. F. Seel *nicht* Eigenthümer war, so kommt im Weitern zur Sprache, ob man annehmen könne, es habe die Firma in gutem Glauben gestanden und dadurch Eigenthum erworben. Nach dem schweizerichen Obligationenrecht ist nämlich die Firma d. h. die Kollektivgesellschaft als Eigenthümerin des Gesellschaftsvermögens also auch der Einlagen der Gesellschafter zu betrachten im Gegensatz zu dem frühern kantonalen Recht, das nur Miteigenthum der Gesellschafter angenommen hat. Es kommt also hier darauf an, inwiefern der böse

Glaube des Gesellschafters Joh. Friedrich Seel auf den Erwerb der fraglichen Maschinen durch die Firma von Einfluß gewesen sei. Nach dem Gesellschaftsvertrage hatte J. F. Seel als Kapitaleinlage die vindicirten Maschinen der Firma zu Eigenthum abzutreten. Wenn man nun einerseits zugeben muß, daß der Akt der Abtretung ein Akt des Gesellschafters Seel war, so war anderseits der Erwerb ein Akt der Firma als solcher. Der Erwerb geschah kraft einer *einheitlichen* Willensäußerung der Firma, mit andern Worten kraft der, in ein einheitliches rechtswirksames Wollen der Firma zusammenfallenden, in dem Gesellschaftsvertrage niedergelegten Willenserklärungen der Gesellschafter. Die Frage, ob der Firmawillen von mangelhafter, den Eigenthumserwerb ausschließender Beschaffenheit gewesen sei, löst sich demnach in die Frage auf, ob der *Erwerbs*wille der Gesellschafter ein mangelhafter gewesen sei. Muß diese Frage auch nur mit Rücksicht auf einen der Gesellschafter bejaht werden, so folgt hieraus mit logischer Consequenz, daß auch der *einheitliche* Wille der Firma ein mangelhafter war. Im vorliegenden Falle braucht daher nicht weiter untersucht zu werden, ob nach dem Zeugniß des Seel auch Nocht die Verhältnisse genau gekannt habe, es genügt, daß wenigstens der eine der Gesellschafter sich in bösem Glauben befand; damit ist der gute Glaube der Firma ausgeschlossen und hat dieselbe somit Eigenthum an den fraglichen Einlagegegenständen nicht erworben, dieses ist also bei den Ansprechern zurückgeblieben und es muß demnach ihre Vindication gutgeheißen werden.

Die Grenzen des „verflossenen und laufenden" Jahres,

für dessen Zins der Art. 294 des O.-R. dem Vermiether ein Retentionsrecht einräumt.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 14. Februar 1888.

Frau Schweizer-Körner in Zürich hatte der Firma C. Hofer-Neuhaus, Stroh- und Filzhutfabrik, einen Laden sammt Nebenzimmer sowie ein Werkstattgebäude vermiethet. Am 6. Dezember 1886 schlossen die beiden einen neuen Vertrag ab, in welchem zunächst gesagt ist, daß die Firma Hofer-Neuhaus die genannten Lokalitäten der Frau Schweizer statt auf 1. Oktober 1886 auf Neujahr 1887 abtrete. Sodann wird bestimmt:

2. Hofer-Neuhaus übernimmt dagegen den mittlern Laden im Budengebäude *vom 1. Jenner 1887 an* und erhält dazu einen abgeschlossenen Raum unter der Treppe des Hauses als Kohlenbehälter und auf der Winde eine abgeschlossene Abtheilung neben der kleinen Terrasse.

3. Als Miethzins für diesen Laden und als Entschädigung für die früher abgenommenen Lokalitäten sind für das Jahr 1887 folgende Zahlungen und Termine vereinbart worden:
600 Fr. werden am 1. April 1887,
600 Fr. am 1. Juli 1887 und
600 Fr. am 1. Oktober 1887 bezahlt.

4. Vom 1. Januar 1888 an wird der Laden à 1300 Fr. berechnet und also per Quartal 325 Fr. bezahlt.

Am 12. September 1887 gerieth die Mietherin, Firma C. Hofer-Neuhaus, in Konkurs Damals stunden an Miethzins noch aus:
200 Fr. Rest der am 1. Juli 1887 fällig gewesenen Rate von 600 Fr., — und
600 Fr. fällig mit 1. Oktober 1887.

Diese beiden Posten meldete die Mietherin an und beanspruchte dafür ein Retentionsrecht an den in den vermiethetn Räumlichkeiten vorhandenen Waarenvorräthen, welches auch gutgeheißen wurde.

Außerdem meldete dieselbe nun aber ferner eine Forderung von 325 Fr. an als Miethzins für die Zeit *vom 1. Januar 1888 bis 1. April gl. J.* und machte auch dafür das Retentionsrecht geltend, allein dieses wurde nun bestritten und der Konkursrichter verwarf denn auch den Anspruch, indem er unter Verweisung auf den Entscheid der Appellationskammer vom 6. November 1886 in Sachen Klaiber & Cie. gegen Bühler (abgedruckt in Bd. VI [Jahrgang 1886] dieser Blätter auf Seite 383) ausführte:

a. daß das Retentionsrecht nach Art. 294 des O.-R. nur gegeben sei für den Mieth-

zins des verflossenen und des laufenden Jahres; — und

b. daß, da die Miethe am 1. Januar 1887 begonnen habe, das Jahr 1887 als das beim Konkursausbruch (12. September 1887) laufende Miethjahr angesehen werden müsse, woraus folge, daß für den Zins des Jahres 1888 kein Retentionsrecht bestehe.

Gegen diesen Entscheid ergriff die Mietherin den Rekurs und verlangte, daß das Retentionsrecht auch für den Vierteljahrszins vom 1. Jenner bis 1. April 1888 gutgeheißen werde. Es müsse zwar zugegeben werden, daß das Erkenntniß des Konkursrichters nach Maßgabe des Praejudicial-Entscheides der Appellationskammer vom 6. November 1886 richtig sei, allein es dürfte sich wohl rechtfertigen, diesen letztern Entscheid einer nochmaligen genauen Nachprüfung zu unterwerfen. Dieselbe müsse dazu führen, daß es einzig richtig sei, das Jahr *vom letzten Zinstermin an* als „laufendes" Jahr zu erklären. Damit stimmen überein die frühere zürcherische Gerichtspraxis, wie sie sich auf Grund des § 898 des P.-R. G.-B. gebildet habe, das französische Recht, Art. 2102 des Code civile, das deutsche Recht, § 41 Ziff. 4 der Reichs-Konkursordnung und die Ansicht von Schneider und Fick im Commentar zum Obligationenrecht. Ueberdem werde auch einzig durch diese Auslegung des Gesetzes der Zweck, den dasselbe im Auge habe und der in der Gewährung eines hinreichenden Schutzes der Ansprüche des Vermiethers für einen gewissen Zeitraum in der Vergangenheit (verflossenes Jahr) und für einen gewissen Zeitraum in der Zukunft (laufendes Jahr) bestehe, erreicht. Die gegentheilige Auffassung führe dazu, daß dem Vermiether der Schutz für die Zukunft in allen den Fällen entzogen werde, wo der Vermiether kurz vor dem Ablauf des Miethjahres in Konkurs gerathe, während gerade dieser Schutz von größtem Werthe sei und dadurch gesichert werde, daß man als maßgebenden Zeitpunkt für die Berechnung des je auf ein Jahr festgesetzten Zeitraumes den letzten Zinstermin annehme.

Entgegen diesen Ausführungen beharrte die Appellationskammer des Obergerichtes auf ihrer früher geäußerten Ansicht, verwarf deßhalb den Rekurs und wies den Retentionsanspruch für die Miethzinsrate vom 1. Jenner bis 1. April 1888 ab.

Gründe:

Da der Miether laut Konkursprotokoll am 12. September 1887 in Konkurs gerieth, ist als laufendes Miethjahr die Zeit vom 1. Januar 1887 bis 31. Dezember 1887 zu betrachten in Uebereinstimmung mit den Erwägungen der ersten Instanz und den Ausführungen des darin angeführten Entscheides dießseitiger Instanz vom 6. November 1886. Es ist in Bestätigung des dort ausgesprochenen Grundsatzes nur noch darauf zu verweisen, daß die von der Rekurrentin vorgeschlagene Gesetzesauslegung in vielen Fällen dem Vermiether ein über die Vorschrift des Art. 292 des O.-R. hinausgehendes Recht einräumen würde, während die Bestimmung des Art. 294 eine Einschränkung enthalten soll, was auch Rekurrentin anerkennt. Dazu kommt, daß im vorliegenden Falle in ganz ausdrücklicher Weise nach Miethjahren gerechnet wird; für das Jahr 1887 ist ein Jahreszins bestimmt, dessen Raten nicht mit der entsprechenden Dauer der miethweisen Benutzung übereinstimmen und für das Jahr 1888 ist wiederum ein Jahreszins festgestellt, aber in anderer Höhe und mit andern Terminen, so daß es dem gemeinen Sprachgebrauch geradezu entgegen wäre, wenn Theile des Jahres 1887 mit solchen des Jahres 1888 zu einem laufenden Jahre zusammengerechnet würden. Auch ist der Beginn des Jahres nach dieser Auffassung keineswegs ein zufälliger, sondern gegentheils ein von den Parteien gewollter, während umgekehrt der rein zufällige Zeitpunkt der Konkurseröffnung nicht wohl geeignet ist, den Beginn des laufenden Jahres auf einen ganz andern Zeitpunkt zu verlegen.



Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. April 1888. VII. Band. № 6.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil
des
Schweizerischen Bundesgerichtes
vom 17. Februar 1888
in Sachen
der Wittwe *Nina Müller geb. Ernst* in Hirslanden, Beklagte und Rekurrentin,
gegen

1. *Bernhard Ernst,* Gürtlermeister in Luzern, — und
2. Frau *Josephine Schuler geb. Ernst* in Arth, — Kläger und Rekursbeklagte,

betreffend Vindikation von Werthschriften.

Der gute Glaube als Voraussetzung zum Eigenthumserwerb an Mobilien bei Uebertragung seitens eines Nichteigenthümers (Art. 205 des O.-R.). Der Begriff desselben.

Die Frage nach dem Vorhandensein des guten Glaubens ist keine der Nachprüfung des Bundesgerichtes entzogene Thatfrage, denn der Begriff: „guter Glaube" ist ein Rechtsbegriff, dessen richtige Anwendung das Bundesgericht selbständig zu prüfen hat.

Der Umstand, daß das O.-R. keine Definition des „guten Glaubens" gibt, ändert nichts an der Thatsache, daß wo es diesen Begriff erwähnt, derselbe ein solcher des eidgenössischen und nicht des kantonalen Rechtes ist.

Der Eigenthumserwerb an beweglichen Sachen auf Grund eines Vertrages richte sich in allen Fällen, also auch dann nach dem Schweiz. O.-R., wenn das der Uebereignung zu Grunde liegende obligatorische Rechtsgeschäft, wie z. B. die Schenkung, nach kantonalem Recht zu beurtheilen ist.

Thatsächliches:

A. Die Parteien sind die Kinder und Erben des am 2. Oktober 1884 in Luzern verstorbenen Standesweibels Stephan Ernst, welcher außer ihnen noch eine Wittwe, Margaretha geb. Dolder hinterließ, der laut anerkanntem Testamente die Nutznießung an der gesammten Verlassenschaft des Stephan Ernst zusteht. In das über die Verlassenschaft aufgenommene amtliche Inventar wurden (nach der Behauptung der Kläger, um der Nachsteuer zu entgehen) Werthschriften im Belaufe von 11,000 Fr., bestehend in Obligationen auf die Einzinserkasse des Kantons Luzern, nicht aufgenommen; dieselben wurden von der Wittwe Ernst geb. Dolder zu Handen genommen. Nachdem diese im Spätherbst 1885 zu der Beklagten, ihrer Tochter, Wittwe Nina Müller geb. Ernst in Hirslanden

übergesiedelt war, wurden am 18. und 30. November 1885 Schenkungsurkunden errichtet, wonach die Wittwe Ernst der Tochter Nina Müller „für getreue Pflege in kranken Tagen“ sechs der erwähnten Obligationen auf die Einzinserkasse des Kantons Luzern im Betrage von 10,000 Fr. schenkungsweise zu Eigenthum abtrat und es wurden die Papiere der Wittwe Müller übergeben (die 7. Obligation von 1000 Fr. behielt Wittwe Ernst zurück).

B. In einer auf Betreiben der Kläger eingeleiteten Strafuntersuchung gegen Wittwe Ernst und Nina Müller hat die erstere (welche 75 oder 76 Jahre alt ist) über den Vorgang der Schenkung an die Beklagte und über ihren Erwerb der fraglichen Werthschriften im Wesentlichen folgendes ausgesagt: Ihr verstorbener Ehemann habe ihr während seiner letzten Krankheit die 11,000 Fr. Obligationen „gegeben“ und gesagt: „du weisst, wo sie sind, nimm sie zu dir.“ Eine weitere „eigentliche Schenkung“ sei nicht erfolgt, er habe ihr die 11,000 Fr. „eigentlich als Eigenthum“ gegeben; aber sie könne das nicht beweisen, da es Niemand gehört habe. *Bei Lebzeiten* habe ihr der Ehemann die Obligationen nicht übergeben, wohl aber einmal gezeigt und gesagt, sie solle sie dann nehmen, sie brauche sie den Kindern nicht zu zeigen. Sie habe daher nach dem Tode des Ehemannes die fraglichen Obligationen an sich genommen und mit nach Hirslanden zu ihrer Tochter Nina gebracht. Diese habe ihr dann sehr geschmeichelt und zugeredet, sie solle sich „mit Leib und Gut“ übergeben. Es sei dann ein Notar gekommen und eine Schrift verfaßt worden; wie aber diese gelautet habe, könne sie nicht mehr sagen. Sie habe etwas unterzeichnet, aber was, vermöge sie nicht mehr zu sagen. Der Nina Müller die Obligationen eigenthümlich übergeben, habe sie eigentlich nie gewollt, sie habe nur gemeint, dieselbe „müsse die Zinsen beziehen und ihr dann geben“. Geschenkt habe sie der Frau Müller die Obligationen entschieden nicht. Diese habe wohl gewußt, daß die Obligationen vom Vater herrühren, daß er dieselben gehabt habe; aber sie habe nachher manchmal gesagt, die Mutter Ernst könne damit machen, was sie wolle, der Vater habe ihr die Titel ja gegeben. Sie (Wittwe Ernst) habe der Wittwe Müller gesagt, wie sie die Titel erhalten habe. Bei ihrem Weggange von Hirslanden habe sie die Obligationen wieder haben wollen, die Frau Müller habe aber die Rückgabe verweigert.

C. Nachdem eine von den der Nina Müller übergebenen Obligationen, welche auf 1000 Fr. lautete, für eine Schuld der Nina Müller gepfändet und versilbert worden war, klagten die Geschwister der Nina Müller (die gegenwärtigen Kläger Bernhardt Ernst und Josephine Schuler-Ernst) auf Aushingabe des Ueberschusses des Versilberungserlöses (mit 489 Fr.) indem sie ausführten, die fraglichen Obligationen haben zum Nachlasse ihres verstorbenen Vaters, des Standesweibels Ernst gehört. Die Beklagte Nina Müller bestritt diese Ansprüche, indem sie unter Anderm geltend machte, die fragliche Obligation sei (wie die übrigen) bei Lebzeiten vom Erblasser Ernst seiner Frau und hernach von dieser ihr (der Beklagten) geschenkt und übergeben worden; jedenfalls habe sie (die Beklagte) die Schenkung seitens ihrer Mutter in gutem Glauben entgegengenommen und habe daher (auch wenn die Mutter nicht Eigenthümerin gewesen sein sollte) Eigenthum erworben. Durch Entscheidungen des Bezirksgerichtes Zürich vom 13. November 1886 und der Appellationskammer des Obergerichtes vom 31. Dezember gl. Js. wurde indeß die Klage gutgeheißen.

D. Schon vor der Entscheidung dieses Prozesses hoben dann die Kläger diejenige Klage an, über welche im gegenwärtigen Prozesse zu entscheiden ist; mit derselben verlangen sie (soweit dieß gegenwärtig noch im Streite liegt) Aushingabe der zufolge der Schenkungsurkunden vom 18. und 30. November in den Besitz der Beklagten übergegangenen Obligationen resp. von $^{2}/_{13}$ theilen ihres Werthes, gleich der ihnen vom Nachlasse des Standesweibels Ernst zukommenden Erbsquote. Sie stellten folgende Rechnung:

Die sechs geschenkten Obligationen repräsentiren einen Werth von 10,000 Fr. Davon

kommen ihnen zu: $^{9}/_{13}$ mit	6923 Fr.
An diese Summe haben sie erhalten den Ueberschuß des Versilberungserlöses der verpfändeten und versteigerten 1000 Frs. Obligation mit	489 Fr.
und somit noch zu fordern einen Werth von	6434 Fr.

D. Das Bezirksgericht Zürich hieß auch diese Klage gut. Die Beklagte appellirte aber und machte zweitinstanzlich geltend, daß Wittwe Ernst ihre (oben in Fact. B. erwähnten) Aussagen im Strafprozesse schriftlich widerrufen und eine andere Darstellung der betreffenden Vorgänge gegeben habe. Für die Richtigkeit dieser letztern Darstellung wurde auf die Einvernahme der Wittwe Ernst und des Fürsprech Bühlmann in Luzern abgestellt. Die Appellationskammer des Obergerichtes trat indessen auf die beantragte Aktenvervollständigung nicht ein, weil, wenn auch die Wittwe nunmehr bezeugen würde, daß ihr der Erblasser die Titel schon bei Lebzeiten übergeben habe, das Gericht nicht in der Lage wäre, zu sagen, daß ihre gegenwärtige Deposition der Wahrheit entspreche, die frühere also falsch gewesen sei und nicht etwa der umgekehrte Fall vorliege. Mit Urtheil vom 10. Dezember 1887 entschied demnach auch die zweite Instanz im Sinne vollständiger Klagegutheißung, indem sie erkannte:

„Die Beklagte ist schuldig, an die Kläger Obligationen auf die Einzinserkasse des Kantons Luzern im Betrage von 6434 Fr. unbeschwert aushingeben zu lassen, oder soweit solche nicht mehr vorhanden sein sollten, deren Werth in diesem Betrage zu ersetzen."

In der Urtheilsbegründung wird ausgeführt: Die Klage stelle sich als reine Vindikationsklage dar, deren Fundament mit der Thatsache gegeben sei, daß die streitigen Titel s. Z. unbestrittenermaßen dem gemeinsamen Erblasser gehört haben. Die Einrede der Beklagten, daß Standesweibel Ernst sein Eigenthum an den Titeln in Folge schenkungsweiser Uebertragung desselben an seine Frau verloren habe, sei nicht bewiesen. Gegentheils ergebe sich aus den von der Wittwe Ernst in der Strafuntersuchung gemachten Angaben, daß der Erblasser ihr die Obligationen nicht *zu Lebzeiten geschenkt*, sondern nur deren Uebergang auf die Wittwe für die Zeit nach seinem Tode verfügt, also einen letzten Willen geäußert habe, der indeß Mangels Beobachtung der richtigen Form keine Gültigkeit erlangt habe. Ebensowenig halte aber auch die zweite Einrede der Beklagten Stich, daß sie, weil gutgläubige Erwerberin, auch dann Eigenthum der streitigen Obligationen erworben habe, wenn ihre Mutter nicht Eigenthümerin gewesen sei, denn in Wirklichkeit liege eben ein gutgläubiger Erwerb nicht vor. Dieser dürfe nach feststehender Praxis nur da angenommen werden, wo die fehlerhafte Besitzesergreifung auch bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt nicht als solche habe erkannt werden können. Nun habe die Beklagte gewußt, daß die streitigen Titel dem Vater gehört haben und von der Mutter erfahren, wie sie in den Besitz derselben gelangt sei, aus der dießbezüglichen Erzählung der letztern habe sie aber erkennen müssen, daß es sich um eine reine Verfügung auf den Todesfall und überall nicht um eine Schenkung unter Lebenden gehandelt habe und ebenso sei für sie leicht erkennbar gewesen, daß die bloß mündliche Disposition des Erblassers auf den Todesfall keine Gültigkeit erlangt habe, weil hier zu Lande Jedermann wisse, daß letztwillige Verfügungen gültig nur in Testaments- oder Erbvertragsform erlassen werden können. Es gehe überhaupt aus Allem hervor, daß sich die Beklagte wenig darum bekümmert habe, ob ihre Mutter wirklich verfügungsberechtigt sei oder nicht, sondern es ihr eben einfach darum zu thun gewesen sei, die Obligationen auf alle Fälle für ihre Person zu sichern.

E. Gegen das zweitinstanzliche Urtheil erklärte die Beklagte den Weiterzug ans Bundesgericht und es beantragte ihr Vertreter in der mündlichen Verhandlung die vollständige Abweisung der Klage unter Festhaltung des vor Appellationsinstanz gestellten Aktenvervollständigungsbegehrens. Der Vertreter der Kläger dagegen trug auf Verwer-

fung der Beschwerde und Bestätigung des angefochtenen Urtheils an.

Entscheidungsgründe:

1. Das heute festgehaltene Aktenvervollständigungsbegehren ist gemäß Art. 30 des Bundesrechtspflegegesetzes unzuläßig. Denn die zweite Instanz hat den fraglichen Beweisantrag deßwegen nicht berücksichtigt, weil, möge die beantragte Beweisaufnahme was immer ergeben, dieß doch an der Feststellung des Thatbestandes nichts zu ändern vermöchte. Das Bundesgericht aber ist an den von den kantonalen Gerichten festgestellten Thatbestand gebunden.

2. In der Sache selbst sind die Partheien und mit ihnen die Vorinstanzen ohne weitere Erörterung davon ausgegangen, die in Rede stehenden Obligationen auf die Einzinserkasse des Kantons Luzern seien als bewegliche Sachen zu betrachten; sie haben lediglich an der Hand sachenrechtlicher Grundsätze erörtert und entschieden, ob die Beklagte an den streitigen Papieren Eigenthum erworben habe. Es ist zweifelhaft, ob diese Auffassung eine zutreffende ist. Denn aus den Akten (welche übrigens über die rechtliche Natur der fraglichen Obligationen gar keine nähern Aufschlüsse geben), ergibt sich doch so viel, daß diese Papiere jedenfalls nicht schlechthin auf den Inhaber, sondern (zunächst wenigstens) auf einen benannten Gläubiger lauten, so daß wohl bezweifelt werden kann, ob dieselben als Inhaberpapiere zu betrachten und ob für den Erwerb und Verlust von Rechten an denselben sachenrechtliche Regeln anwendbar seien. Allein es mag doch, nachdem von keiner Parthei ein abweichender Standpunkt eingenommen und durch Darlegung der Natur der fraglichen Obligationen begründet worden ist, von der gedachten Anschauung ausgegangen werden, — um so mehr als dieselbe offenbar die für die Rekurrentin günstigste ist und nun auch von diesem Standpunkte aus die Beschwerde derselben als unbegründet erscheint.

3. Thatsächlich festgestellt ist von den Vorinstanzen, daß eine Uebergabe der Papiere seitens des Ehemannes Ernst, an seine Ehefrau nicht stattgefunden hat, sondern daß die Ehefrau Ernst sich erst nach dem Tode des Ehemannes in den Besitz derselben setzte; ferner ist von den Vorinstanzen endgültig (ohne daß bezüglich dieser Frage kantonalen Rechtes eine Nachprüfung durch das Bundesgericht statthaft wäre) entschieden, daß die Wittwe Ernst Eigenthum an den Papieren nicht durch gültige Zuwendung von Todeswegen erworben hat. Es steht daher fest, daß die Wittwe Ernst niemals Eigenthümerin der streitigen Obligationen war, sondern daß diese zum Nachlaß des Ehemannes Ernst (den Erben desselben) gehörten und der Wittwe nur die Nutznießung daran zustand. Es kann sich daher nur fragen, ob nicht die Beklagte, trotz des mangelnden Eigenthums des Veräußerers (der Wittwe Ernst) dennoch zufolge Art. 205 des O.-R. durch die auf Grund der Schenkungsurkunden vom 18. und 30. November 1885 stattgefundene Uebergabe als gutgläubige Erwerberin Eigenthum erlangt habe.

4. Dieß ist in Uebereinstimmung mit den Vorinstanzen zu verneinen. Denn der Erwerb der Beklagten kann nicht als ein gutgläubiger anerkannt werden. Die Frage, ob der Erwerber einer Sache sich in gutem Glauben befunden habe, ist zwar keineswegs, wie der klägerische Anwalt heute behauptet hat, eine bloße Thatfrage, welche als solche von den kantonalen Gerichten endgültig entschieden wäre, vielmehr ist der Begriff des guten Glaubens ein Rechtsbegriff, dessen richtige Anwendung, wenn auch natürlich unter Zugrundelegung der von den kantonalen Gerichten festgestellten Thatsachen vom Bundesgerichte zu überprüfen ist. Ebenso ist es durchaus unrichtig, wenn der klägerische Anwalt des weitern ausgeführt hat, da das O.-R. eine Definition des guten Glaubens nicht gegeben habe, so sei dafür das kantonale Recht maßgebend geblieben. Denn es ist doch völlig klar, daß Art. 205 des O.-R. eine für die ganze Schweiz gleichmäßig gültige Norm eidgenössischen Rechtes aufstellt und es nicht den kantonalen Gesetzgebungen überläßt, die von ihm aufgestellte Regel durch verschiedenartige Definitionen des „guten Glaubens" in verschiedener Weise auszugestalten. Wenn der eidgenössische

Gesetzgeber, wie hier, einen von ihm verwendeten Rechtsbegriff nicht genau definirt, weil er es für überflüssig oder gar schädlich erachtete, so folgt daraus natürlich nicht, daß nun die kantonale Gesetzgebung befugt sei, die vermeintliche Lücke auszufüllen, vielmehr ist es Sache der Wissenschaft und Praxis, die dem eidgenössischen Gesetze entsprechende Bedeutung eines solchen Begriffes zu ermitteln und festzustellen. Ebensowenig ist endlich anzuerkennen, daß, (wie der klägerische Anwalt ebenfalls angedeutet hat) weil dem Erwerbe der Beklagten eine Schenkung zu Grunde liege, die Schenkung aber kantonalrechtlich geordnet sei, hier eidgenössisches Recht überhaupt keine Anwendung finde. Denn die Uebertragung resp. der Erwerb des Eigenthums an beweglichen Sachen richtet sich in allen Fällen des Eigenthumserwerbes auf Grund eines Vertrages nach den Bestimmungen des VI. Titels des O.-R., mag das der Uebereignung zu Grunde liegende obligatorische Rechtsgeschäft nach eidgenössischem, oder, wie die Schenkung, nach kantonalem Rechte zu beurtheilen sein (vergleiche Entscheidung i. S. Wittwe Amberg ca. Amberg und Genossen vom 4. Juni 1887 A. S. XIII., S. 234). Es ist also die Frage, ob die Rekurrentin als gutgläubige Erwerberin zu betrachten sei, vom Bundesgerichte selbständig zu prüfen. Allein es ist, wie bemerkt, der von den kantonalen Gerichten gegebenen, verneinenden Entscheidung dieser Frage beizutreten. Der gute Glaube des Erwerbers, wie ihn Art. 205 des O.-R. zum Eigenthumserwerbe bei Uebertragung seitens eines Nichteigenthümers erfordert, ist aufzufassen als die redliche Ueberzeugung, durch die Aneignung der Sache kein fremdes Recht zu verletzen; er ist ausgeschlossen nicht nur, wenn der Erwerber um das seinem Erwerbe entgegenstehende Hinderniß (das Nichteigenthum seines Vormannes) positiv weiß, sondern auch dann, wenn derselbe den Umständen nach gemäß den Regeln redlichen Verkehrs bei gehöriger Aufmerksamkeit vermuthen muß, es entspreche sein Erwerb dem materiellen Recht nicht, wenn also die Erwerbshandlung auf der Bethätigung grober, unentschuldbarer Fahrläßigkeit, sei es auffallender Sorglosigkeit und Unachtsamkeit, sei es leichtfertiger Unbekümmertheit um fremdes Recht beruht. Diese Auffassung, welche in Doctrin und Praxis wohl überwiegend anerkannt ist (vergl. z. B. Entscheidungen des deutschen Reichsgerichtes Bd. VI., Nr. 4 u. 23) ist in Art. 211 Abs. 2 und Art. 790 des O.-R. für die dort normirten Thatbestände ausdrücklich anerkannt und es ist gewiß unbedenklich anzunehmen, daß das Gleiche auch im Falle des Art. 205 gelte. Nun ist im vorliegenden Falle als thatsächlich festgestellt zu erachten, daß der Beklagten von ihrer Mutter, der Wittwe Ernst, mitgetheilt worden war, dieselbe sei in den Besitz der streitigen Obligationen in derjenigen Weise gelangt, wie sie dieß im Strafprozesse ausgesagt hat. Danach kann dann von gutgläubigem Erwerbe seitens der Beklagten nicht die Rede sein. Zwar wäre es wohl zu weit gegangen, wenn man, wie die Vorinstanz andeutet, annehmen wollte, die Beklagte habe, bei dem im Lande allgemein vertretenen Maße von Rechtskenntnissen nach der fraglichen Mittheilung positiv gewußt, daß ihre Mutter nicht Eigenthümerin der Obligationen geworden sein könne. Es kann auch nicht darauf abgestellt werden, daß der Irrthum der Beklagten über das Recht ihres Autors deßhalb von vornherein als ein unentschuldbarer zu betrachten sei, weil er jedenfalls als Rechtsirrthum sich qualifiziren würde. Denn nach dem O.-R., welches auch z. B. bei der condictio indebiti zwischen Rechts- und Thatirrthum nicht unterscheidet, liegt gar kein Grund vor, den Rechtsirrthum schlechthin und allgemein als unentschuldbar zu behandeln. Es kommt vielmehr auch beim Rechtsirrthum darauf an, ob derselbe nach den concreten Umständen als entschuldbar oder aber als auf grober Fahrläßigkeit beruhend zu betrachten ist. Allein im vorliegenden Falle ist nun jedenfalls so viel klar, daß die Beklagte, wenn sie sich auch nur einigermaßen darum kümmerte, ob die Werthschriften, welche sie sich schenken ließ, der Schenkgeberin wirklich gehören, die Berechtigung der letztern bezweifeln und bei der demnach gebotenen nähern Prüfung sofort einsehen und erfahren mußte, daß die

Schenkgeberin nicht Eigenthümerin sei. Die Beklagte hat aber jede Prüfung in dieser Richtung unterlassen und dadurch gezeigt, daß es ihr einzig darum zu thun war, gleichviel, ob mit oder ohne Recht, den Besitz der Wertschriften für sich zu erlangen.

Schluss:

Die Weiterziehung der Beklagten wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem Urtheile der Appellationskammer des Obergerichtes des Kt. Zürich vom 10. Dezember 1887 sein Bewenden.

Urtheil

des

Handelsgerichtes Zürich

vom 27. Januar 1888

in Sachen

der Firma *David Traub* in Zürich, Klägerin,

gegen

Albert Graf, Darmhandlung in Aussersihl, Beklagten,

betreffend Konventionalstrafe.

Konkurrenzverbot.

Streitfrage:

Ist der Beklagte verpflichtet, dem Kläger 2000 Fr. nebst Zins à 5 % vom Tage der Weisung an zu bezahlen?

Thatsächliches:

A. Der Beklagte stand vom 26. September 1886 bis 1. Oktober 1887 als Buchhalter, Magazinier etc. im Dienst der klägerischen Firma, welche auf hiesigem Platz ein Darm- und Gewürzgeschäft betreibt. Der in Briefform gekleidete, vom Beklagten eigenhändig unterzeichnete Anstellungsvertrag besteht aus einem Haupttext und einem Nachtrag. In beiden Theilen kommen Einschaltungen vor. Der Nachtrag lautet: „Sie (Graf) verpflichten sich außerdem bei eventuellem Austritt resp. Entlassung innerhalb zwei Jahren in kein Konkurrenzgeschäft einzutreten, sei es als Angestellter noch Theilhaber bei einer Strafe von 2000 Fr.“ Nach dem Worte „es“ findet sich die Einschaltung: „auf eigene Rechnung“, so daß der Schlußsatz mit Berücksichtigung derselben heißt: „sei es auf eigene Rechnung, als Angestellter noch Theilhaber bei einer Strafe von 2000 Fr.“

B. Auf Bezahlung dieser 2000 Fr. wird nun der Beklagte belangt, weil er ein Konkurrenzgeschäft gegründet habe. Derselbe gibt zu, daß er Anfangs 1888 ein eigenes Geschäft eröffnet habe und mit Därmen Handel treibe. Dagegen behauptet er, nach dem ursprünglichen Wortlaute des Vertrages sei die Conventionalstrafe nur vereinbart worden für den Fall, daß er in ein bestehendes Konkurrenzgeschäft eintrete, sei es als Angestellter, sei es als Theilhaber, nicht aber für den Fall, daß er auf eigene Rechnung ein gleichartiges Geschäft gründe. Die Einschaltungen im Vertrag, speziell diejenige in der Konkurrenzklausel „auf eigene Rechnung“ seien erst nach der Unterzeichnung, ohne seine Zustimmung, offenbar auf den Prozeß hin gemacht worden. Schon die äußere Erscheinung der Einschaltungen beweise dieß. Dazu komme der Umstand, daß die Worte: „auf eigene Rechnung“ zu dem ganzen Satz nicht passen. Es ist zuzugeben, daß die Redaktion des Nachsatzes, so, wie er jetzt vorliegt, zu wünschen übrig läßt und daß die bleichere Färbung der Tinte bei den Worten: „auf eigene Rechnung“ auffällt; der Kläger erklärt jedoch diese Erscheinung so, daß der Schreiber die Feder in ein anderes Tintenfaß eingetaucht oder die Einschaltung sofort mit einem Löschblatt abgelöscht habe; er macht ferner nicht ohne Grund darauf aufmerksam, daß auch das Datum am Schlusse, insbesondere der Buchstabe „S“ im Worte September eine bleichere Färbung zeige.

Entscheidungsgründe:

1. Es steht fest, daß der Anstellungsvertrag in Gegenwart des Beklagten von Beno Traub aufgesetzt und von den beiden besprochen worden ist; es ist also an sich gar nicht unwahrscheinlich, daß man im Laufe des Gesprächs Zusätze als nothwendig erachtet und sich, — anstatt den Vertrag nochmals zu

schreiben, — mit Einschaltungen beholfen habe. Der Beklagte hat denn auch in der persönlichen Befragung schließlich die Möglichkeit zugegeben, daß die Einschaltungen im Haupttext schon angebracht gewesen seien als er den Vertrag unterzeichnet habe, während er durch seinen Vertreter die Aechtheit sämmtlicher Einschaltungen hat anfechten lassen. Diese Unsicherheit in den Angaben des Beklagten in Verbindung damit, daß die blässere Farbe der Tinte bei den Worten: „auf eigene Rechnung" sich auf unverdächtige Weise erklären läßt, muß dazu führen, es mit dem Beweis für die behauptete Fälschung der Urkunde nicht so leicht zu nehmen; von einer Umkehrung der Beweislast in dem Sinne, daß der Kläger den Nachweis der Aechtheit der Einschaltung zu führen hätte, kann vollends keine Rede sein.

2. Allein auch abgesehen davon, daß keine genügenden Gründe zur Annahme einer Fälschung vorliegen, erscheint die Conventionalstrafe als verwirkt. Wenn man sich nämlich auch den Zusatz: „auf eigene Rechnung" ganz hinwegdenkt, kann der sogenannte Nachtrag nur dahin interpretirt werden, daß dem Beklagten auf eine gewisse Zeit vom Austritt aus dem klägerischen Geschäfte an hat untersagt werden wollen, in der gleichen Geschäftsbranche zu arbeiten, damit er nicht die im Dienste des Klägers gewonnenen Kenntnisse und Erfahrungen zum Nachtheil des Letztern verwerthe. Es ist nun aber einleuchtend, daß dieß in höherm Maße geschieht, wenn der Beklagte ein Konkurrenzgeschäft gründet, als wenn er nur in der Stellung eines Angestellten für ein solches arbeitet. War ihm also sogar *letztere* Thätigkeit abgeschnitten, so folgt hieraus mit Nothwendigkeit der Schluß, daß ihm auch das Mehrere, nämlich die Gründung eines eigenen Geschäftes in der gleichen Branche hat untersagt werden wollen. Diese Schlußfolgerung ist eine so gegebene, daß es gar nicht nothwendig war, diese gefährlichere Art der Konkurrenzthätigkeit ausdrücklich zu erwähnen. Dafür, daß der Kläger in Kenntniß der Mittellosigkeit des Beklagten die Möglichkeit, daß derselbe auf eigene Rechnung ein gleiches Geschäft gründen und mit Erfolg betreiben könne, nicht ins Auge gefaßt habe, liegt nichts vor.

3. Auch dem eventuellen Begehren um Herabsetzung der Conventionalstrafe kann nicht entsprochen werden. Es ist daran festzuhalten, daß der Richter von der ihm in Art. 182 des O.-R. eingeräumten Befugniß nur ausnahmsweise Gebrauch machen soll (vergleiche Commentar von Schneider und Fick zu diesem Artikel). Nun läßt sich aber nicht sagen, daß die hier stipulirte Summe von 2000 Fr. eine übermäßige sei, wenn berücksichtigt wird, daß der Kläger sich darauf beschränkt, die Conventionalstrafe zu fordern und den Beklagten am Fortbetrieb des Geschäftes nicht hindern will und daß ferner, — wie dem Gericht aus einem frühern Prozesse bekannt ist, — im Darmhandel die Geheimhaltung der Geschäftsgeheimnisse von ganz besonderer Bedeutung ist.

Schluss:

1. Der Beklagte ist schuldig, dem Kläger 2000 Frkn. nebst Zins à 5 % vom 10. Januar d. J., als dem Datum der Weisung an zu bezahlen.
2. Die Staatsgebühr ist auf 80 Fr. festgesetzt.
3. Der Beklagte hat die Kosten zu bezahlen und den Kläger prozeßualisch mit 80 Fr. zu entschädigen.
4. Mittheilung.

Anmerkung der Redaktion. Unseres Erachtens geht der zweite Standpunkt, daß die Berücksichtigung der Einschaltung in der Konkurrenzklausel „auf eigene Rechnung" gar nicht erforderlich sei, um in der Gründung und Betreibung eines eigenen Konkurrenzgeschäftes Seitens des Beklagten eine Uebertretung des Konkurrenzverbotes zu erblicken, zu weit. Läßt man die Einschaltung weg, so ist bei wörtlicher Interpretation nur die Konkurrenz durch den Eintritt in ein fremdes Geschäft als einfacher Angestellter oder Theilhaber verboten und legt man mit der weitern Annahme, daß dadurch auch die Betreibung eines eigenen Konkurrenzgeschäftes verboten sei, etwas in den Vertrag hinein, was darin nicht gesagt ist. Ist aber der

Wortsinn einer Vertragsstelle klar, so muß er auch entscheidend sein und hat man sich nicht zu fragen, ob die Kontrahenten vielleicht nicht doch noch etwas Weiteres haben sagen wollen, namentlich da nicht, wo es sich um ein Verbot, speziell eine Einschränkung der Gewerbsfreiheit einer Person handelt. Die Einwendung, daß die Erklärung, es dürfe ein Angestellter nach seinem Austritt aus dem Geschäft weder als Angestellter noch als Antheilhaber in ein Konkurrenzgeschäft eintreten, implicite, wenn auch nicht mit ausdrücklichen Worten, so doch ihrem Sinne nach, auch die weitere Erklärung enthalte, daß derselbe kein eigenes Konkurrenzgeschäft gründen dürfe, hält unseres Erachtens nicht Stich. Sie beruht auf der Argumentation, daß wer Jemandem den Eintritt als Angestellter oder Theilhaber in ein Konkurrenzgeschäft untersagt haben wolle, vernünftiger Weise nicht den Willen haben könne, ihm die Betreibung eines eigenen Konkurrenzgeschäftes zu gestatten, weil er dadurch noch weit mehr geschädigt würde, allein wenn auch das zugegeben werden muß, so ist damit die daraus gezogene Schlußfolgerung noch lange nicht gerechtfertigt. Es wird hier aus der Abwesenheit des Willens, die Gründung und Betreibung eines eigenen Geschäftes geradezu gestatten zu wollen, die wir ja zugeben müssen, ohne Weiters auf das Vorhandensein des positiven Verbietungswillens, ja sogar darauf geschlossen, daß dieser Wille in erkennbarer Weise zum Ausdruck gelangt und vom andern Kontrahenten angenommen, also Vertragswille geworden sei, das aber ist sicherlich falsch. Die Erwägungen selbst deuten die Möglichkeit an, daß ein Prinzipal sich deßwegen mit dem Verbot des Eintritts in ein drittes Geschäft begnügen könnte, weil er davon ausgehe, der betreffende Angestellte werde vermöge seiner ökonomischen Verhältnisse ohnehin nie oder jedenfalls nicht innerhalb der betreffenden Zeit in die Lage kommen, ein eigenes Geschäft gründen zu können, eine Konkurrenz in dieser Form sei also nie und nimmer zu befürchten und deßhalb auch gar keine Veranlaßung vorhanden, dieselbe *vertraglich* zu untersagen, sich ein spezielles vertragliches Inhibitionsrecht zu sichern. Wenn also im vorliegenden Fall der Kläger so argumentirte, so steht fest, daß es zwar sein Wille war, es solle der Beklagte auch kein eigenes Konkurrenzgeschäft betreiben dürfen, daß er aber, — wenn auch, was rechtlich durchaus unerheblich ist, aus irrthümlichen Motiven, — die Stipulation einer dahin gehenden vertraglichen Verpflichtung des letztern nicht für nöthig hielt und somit durchaus absichtlich auf den Erwerb eines dieser Verpflichtung entsprechenden Rechtes verzichtete, dannzumal ist aber gewiß klar, daß er ein derartiges Recht auch nicht geltend machen kann. Nun sagen die Urtheilsgründe freilich, es liege nichts dafür vor, daß der Kläger beim Vertragsschluß angenommen habe, es werde der Beklagte seiner ökonomischen Verhältnisse wegen nie dazu kommen, ein eigenes Geschäft zu gründen, allein das ist vollständig gleichgültig, weil nicht der Beklagte zu beweisen hat, daß ihm die Gründung eines eigenen Geschäftes *nicht* verboten worden sei, sondern der Kläger, daß die vertragliche Stipulation eines derartigen Verbotes stattgefunden habe und weil, sobald man sich die Einschaltung „auf eigene Rechnung" wegdenkt, eine ausdrückliche schriftliche Beurkundung des Verbotes, ein eigenes Geschäft zu gründen, nicht vorliegt, dieser Umstand zunächst beweist, daß eine solche Beurkundung nicht für nöthig erachtet wurde und sobald nun zugegeben werden muß, daß der Grund dieses Befindens auch in der angegebenen, den Erwerb eines vertraglichen Rechtes ausschliessenden Betrachtung des Klägers liegen kann, der Richter diese Möglichkeit nicht außer Acht lassen darf, selbst wenn sie im gegebenen Falle durch keinerlei positive Momente unterstützt wird; die Hauptsache ist nur, daß auch keine solchen Momente *gegen* dieselbe sprechen. Wenn der Prinzipal es unterläßt, den Willen, daß der Angestellte auch kein eigenes Geschäft gründen dürfe, ausdrücklich zu erklären, so muß er sich die Schlußfolgerung auf das Nichtvorhandensein dieses Willens beziehungsweise auf das Vorhandensein jeder Betrachtung gefallen lassen, die an sich geeignet ist, dieses Nichtvorhandensein erklärlich und plausibel zu machen, so lange er

nicht darzuthun vermag, daß die Sache anders ist. Der Fall kann aber auch so liegen, daß ein Prinzipal bloß aus dem Grunde, weil er beim Vertragsschluß nun einmal einen bloßen Angestellten vor sich hat, in der Person desselben auch für alle Zukunft nichts Anderes als einen Angestellten sieht, daß er mit andern Worten einfach vergißt bezw. nicht gerade daran denkt, daß dieser gegenwärtige Angestellte auch einmal selbst Prinzipal werden bezw. dieses Ziel anstreben könnte, daß ihm deßwegen ganz natürlich auch keine andere Konkurrenz als diejenige in der Form des Angestellten bei einem dritten Geschäft vorschwebt und er aus diesem Grunde eben auch nur diese untersagt, die weitaus gefährlichere Konkurrenz durch Gründung und Betreibung eines Propergeschäftes dagegen nicht. Auch hier fehlt es im entscheidenden Moment des Vertragsschlusses an dem Willen, sich ein vertragliches Recht des Inhalts zu erwerben, daß der Angestellte kein eigenes gleichartiges Geschäft gründen dürfe und wird daran durch die Betrachtung absolut nichts geändert, daß der Prinzizal, wenn er darauf aufmerksam gemacht worden wäre, den Gedanken ohne allen Zweifel sofort erfaßt und das Weitergehende, daß auch kein eigenes Geschäft betrieben werden dürfe, verlangt hätte.

Ein dritter Fall ist der, daß der Prinzipal zwar durchaus an die Möglichkeit denkt, es könnte sein Angestellter nach dem Austritt ein eigenes Geschäft gründen und ihm dieß auch verboten haben möchte, aber den bezüglichen Willen auszusprechen mit allem Vorbedacht unterläßt, weil er fürchtet, daß der Angestellte eine so weitgehende Einschränkung seiner Gewerbsfreiheit nicht acceptiren würde und weil er im Uebrigen darauf spekulirt, daß wenn der gefürchtete Fall eintrete, man immerhin so argumentiren könne, daß wenn die Konkurrenz in der Form einer Betheiligung an fremdem Geschäftsbetrieb verboten worden sei, dieß von selbst auch das Verbot der Konkurrenz in der Form des selbständigen Geschäftsbetriebes in sich schliesse. Ein derartiges Vorgehen wäre aber unseres Erachtens geradezu dolos und verdiente keinen richterlichen Schutz. So kann sich die Sache kaum jemals gestalten, daß der Prinzipal zwar daran denkt, es könnte der Angestellte auch ein eigenes Geschäft gründen, und ihm dieß auch untersagen will, es aber *ausdrücklich* bloß deßwegen nicht thut, weil er das Verbot durchaus gutgläubig als in dem andern, sich nicht an fremdem Geschäftsbetrieb betheiligen zu dürfen, inbegriffen betrachtet und eventuell müßte ihm eine solche Argumentation deßwegen zum Schaden gereichen, weil der Angestellte selbst ganz anderer Meinung gewesen sein kann, die Möglichkeit, ja Wahrscheinlichkeit nicht ausgeschlossen ist, daß er gegen eine dahin lautende ausdrückliche Willenserklärung sofort protestirt hätte. Man kann nicht behaupten, der Angestellte müsse in der Willenserklärung des Prinzipalen, daß ihm die Betheiligung an fremdem Geschäftsbetrieb untersagt sei, ohne Weiters auch die weitere Erklärung erblicken, daß ihm ebenso die Konkurrenz durch Betreibung eines eigenen Geschäftes untersagt sein soll. Diese Folgerung kann ausgeschlossen sein dadurch, daß ihm im Momente des Vertragsschlusses überhaupt kein Sinn an einen dereinstigen selbständigen Geschäftbetrieb kommt. Auch kann der Umstand, daß der Prinzipal nichts davon sagt, es solle ebenso die Betreibung eines Konkurrenzgeschäftes auf eigene Rechnung untersagt sein, in demselben Zweifel darüber wach rufen, ob diese Meinung dennoch obwalte. Sicherlich kann ihm nicht zugemuthet werden, daß er den Prinzipalen interpellire und auf diese Weise ein ausdrückliches Begehren desselben provocire, er verschuldet nichts, wenn er das unterläßt, und sich damit tröstet, daß der Prinzipal einen weitergehenden Willen nicht erklärt habe, selbst dann nicht, wenn er dafür hält, daß der wirkliche Wille weiter gehen dürfte als der erklärte. Wenn in irgend einem Fall so rechtfertigt sich bei diesen Konkurrenzverboten der Satz, daß im Zweifel zu Gunsten des Verpflichteten entschieden werden soll.

Retentionsrecht.

(Art. 224 des O.-R.)

Die auf dem Willen des Schuldners beruhende „Verfügungsgewalt" des Gläubigers über die Retentionsobjekte als Voraussetzung des Anspruches. (Obergericht Zürich, Appellationskammer. 14. Jan. 1888.)

I.

Die Firma Strickler und Schindler in Bülach, Ct. Zürich, hatte von der „Milchlieferungsgesellschaft Dynhardt und Umgebung" die vom 1. Mai 1886 bis 30. April 1887 zu erzeugende Milch gekauft und dieselbe in der gleichzeitig von der Verkäuferin gemietheten Sennhütte durch einen Käser verarbeiten lassen. Am 2. Februar 1887 machte der Inhaber der Firma die Anzeige, daß er die Liquidation des Geschäftes beabsichtige und in der Person des O. Huber für deren Durchführung einen Prokuristen bestellt habe und am 8. Februar schloß dann dieser letztere mit der Sennereigesellschaft Dynhardt ein Uebereinkommen ab, welchem zufolge der Kaufvertrag als gegenseitig gekündigt und sofort erloschen erklärt wurde, vorbehältlich der vertraglichen Rechte der Gesellschaft für die bis dahin gemachten Milchlieferungen. Sofort wandte sich darauf die letztere an das Bezirksgerichtspräsidium Winterthur mit dem Gesuch, die amtliche Verwahrung und Besorgung der in der Sennhütte befindlichen, der Firma Strickler und Schindler gehörenden Waaren und Mobilien anzuordnen, indem mit Bezug auf dieselben für das noch ausstehende Guthaben aus Milchlieferung gemäß Art. 224 des O.-R. ein Retentionsrecht in Anspruch genommen eventuell Beschlagnahme verlangt werde. In der thatsächlichen Begründung ist betont, daß bei der augenscheinlichen Insolvenz der Firma die größte Gefahr und Aussicht für die Wegbringung der disponiblen Waaren außer Kanton oder doch für die Veräußerung aus den gegenwärtigen Lokalen vorliege. Mit Verfügung vom 14. Februar 1887 beauftragte der Gerichtspräsident das Gemeindammannamt Dynhardt die in der Sennhütte Dynhardt befindlichen Käse und anderweitigen Mobilien mit Beschlag zu belegen und so weit nöthig und so gut möglich in amtliche Verwahrung zu nehmen, ferner dieselben behufs Vermeidung von Schaden gehörig besorgen zu lassen. Die Besorgung und auch die Verwahrung scheint durch den Käser der Gesellschaft stattgefunden zu haben.

Am 15. Februar 1887 gerieth die Firma Strickler und Schindler in Konkurs und es meldete die Sennereigesellschaft Dynhardt und Umgebung eine Kaufpreisforderung für gelieferte Milch im Betrage von 4175 Fr. 75 an und machte dafür unter Berufung auf die Art. 224—226 des O.-R. ein Retentionsrecht geltend an den in der Hütte Dynhardt befindlichen Käsen, sonstigen Produkten und Vorräthen sowie Gerätschaften der Konkursitin. Die Notariatskanzlei Bülach als Verwalterin der Konkursmasse bestritt die Retentionsansprache und es befahl das Gerichtspräsidium Winterthur auf ihr Ansuchen unterm 29. März 1887 die Herausgabe der genannten Gegenstände an die Konkursmasse, davon ausgehend, es seien die Sachen jedenfalls im Konkurse zu versilbern und über das bestrittene Retentionsrecht im Wege des Konkursprozeßes zu entscheiden.

Dieser Konkursprozeß kam nun auch und es entschied der Konkursrichter des Bezirksgerichtes Bülach im Sinne der Gutheißung des Retentionsrechtes, der gegen diesen Entscheid erhobene Rekurs aber wurde gutgeheißen und das Retentionsrecht verworfen.

Gründe:

Die Parteien gehen einig darin, daß nur noch in Frage kommen könne, ob sich die fraglichen Gegenstände in der Verfügungsgewalt der Ansprecherin befunden haben oder nicht. Nun ist es unzweifelhaft, daß eine solche Verfügungsgewalt noch nicht begründet wurde durch den Umstand, daß die Gegenstände sich in den vom Schuldner dem Gläubiger abgemietheten Räumlichkeiten befanden. *Das besondere Retentionsrecht, welches den Begriff der Verfügungsgewalt so weit umschreibt, beschränkt sich auf die Miethzinsforderung.* Ebenso ist als festgestellt zu betrachten, daß auch mit dem Aufhören der Miethe die in den Miethräumen noch befindlichen Mobilien des Mieters

nicht ohne Weiteres in die Verfügungsgewalt des Vermiethers übergehen (vergleiche Bundesgerichtliche Entscheidungen Bd. IX. Nr. 15 pag. 79) weßhalb denn auch der Gesetzgeber beim Retentionsrecht des Vermiethers für den Miethzins (Art. 294) nicht von einem Zurückbehalten spricht, sondern davon, daß der Schuldner mit Hülfe der zuständigen Amtsstelle den Miether an der Fortschaffung der Mobilien hindern könne, was doch voraussetzt, daß der *Miether* diese thatsächliche Verfügungsgewalt noch habe. Dementsprechend hat denn auch im vorliegenden Falle die Ansprecherin sich nicht etwa sicher gefühlt in der ihr angeblich zustehenden Verfügungsgewalt, sondern sie hat den Richter um Maßregeln ersucht, welche die Verfügungsgewalt der *Schuldnerin* aufzuheben bezweckten. Klar ist aber, daß vom Momente der Vollziehung der Beschlagnahme und der amtlichen Verwahrung an die Verfügungsgewalt beiden Partheien entzogen war, wobei es ganz gleichgültig bleibt, daß die beschlagnahmten Gegenstände in den Räumen der Ansprecherin verblieben.

II.

Die nämliche Firma Strickler und Schindler hatte auch von der Sennereigesellschaft Schneit die vom 1. Mai 1886 bis 29. April 1887 zu erzeugende Milch gekauft und dieselbe wiederum durch einen Käser in der gleichzeitig gemietheten Sennhütte der Gesellschaft verarbeiten lassen. Auch in diesem Falle wurde der Milchlieferungs- und Miethvertrag unterm 8. Februar 1887 als gegenseitig gekündigt und vorbehältlich der Ansprüche aus den bisher gemachten Milchlieferungen sofort erloschen erklärt. Die verarbeiteten Käse blieben indeß, ohne daß hier eine Beschlagnahme ausgewirkt worden wäre, in der Hütte und befanden sich noch in derselben, nachdem am 15. Februar 1887 der Konkurs über die Firma ausgebrochen war. *Die Sennerei wurde inzwischen auf Rechnung der Gesellschaft von ihr weiter betrieben.* Auch hier wurde das von der Gesellschaft für ihr rückständiges Kaufpreisguthaben aus Milchlieferung im Betrage von 3974 Fr. 03 an den in der Hütte Schneit befindlichen 1354 Stück Holländerkäsen und 12 Klafter Holz angesprochene Retentionsrecht zweitinstanzlich verworfen und dabei im Besondern gesagt: „Eine *ausdrückliche* Willenserklärung der Firma oder ihres Vertreters, die verfertigten Käse in die Verfügungsgewalt der Sennereigesellschaft zu übergeben, ist weder behauptet noch nachgewiesen worden und es erscheint im Hinblick auf den kurzen Zwischenraum zwischen der Auflösung der Miethe (8. Februar) und dem Konkursausbruch (15. Februar) auch die Thatsache, daß das Käselager nicht geräumt wurde, nicht als dahin schlüssig, daß eine stillschweigende Uebergabe der Käse in die Verfügungsgewalt der Rekursgegnerin stattgefunden habe.

III.

In einem dritten, die Sennereigesellschaft Schottikon betreffenden Falle, in welchem der Kauf- und Miethvertrag wiederum am 8. Februar 1887 als sofort aufgelöst erklärt und von der Gesellschaft am 11. Februar eine Beschlagnahme auf die in der Sennhütte befindlichen Käse und anderweitigen Mobilien ausgewirkt worden war, glaubte die letztere als Ansprecherin eines Retentionsrechtes für ihr rückständiges Kaufpreisguthaben den Nachweis dafür, daß die streitigen Gegenstände mit dem ausgesprochenen Willen des Schuldners in ihre Verfügungsgewalt gelangt seien, durch den Hinweis auf folgende Thatsache erbringen zu können. Die Sennereigesellschaft hatte beim Abschluß des Milchverkaufsvertrages von der Firma Strickler und Schindler die Beibringung eines Bürgschaftsscheines für vertragsmäßige Erfüllung begehrt und es gelang dem Geschäftsführer der Firma, *den eigentlichen Inhaber derselben* zu bestimmen, einen solchen Schein zu unterschreiben. Auf das weitere Begehren, daß dieser Inhaber einen Steuerausweis über sein Vermögen beibringe, bemerkte derselbe schriftlich auf dem nämlichen Schein:

„Mit Rücksicht auf die monatliche Zahlung *und den Umstand, dass für deren Betrag immer habhafte Effekten in der Hütte liegen bleiben,* davon abgesehen, daß ein

Haus in Bülach mein Eigenthum ist, glaube ich mich auf Weiteres, — einstweilen wenigstens, — nicht einlassen zu sollen."

Auch hier wurde indeß der Retentionsanspruch zweitinstanzlich verworfen und dabei der obgenannte Standpunkt der Ansprecherin wie folgt beantwortet:

Erblickt man in der citirten Aeußerung des Firmainhabers den Hinweis auf ein der Ansprecherin zustehendes Retentionsrecht, so war dieser Hinweis eben ein rechtsirrthümlicher, der für die Konkursmasse nicht verbindlich ist, weil die Voraussetzungen des Retentionsrechtes nicht durch Vertrag abgeändert werden können. Geht man aber weiter, so kann man in den betreffenden Worten doch höchstens das Versprechen der Bestellung eines Faustpfandrechtes erblicken, das rechtsgültige dingliche Wirkung eben erst mit der Vollziehung hätte erlangen können. Diese Vollziehung ist aber nach dem oben Angeführten nie erfolgt und es wäre dieselbe, nachdem einmal Arrest ausgewirkt worden, auch gar nicht mehr möglich gewesen.

Der Lehrvertrag als Dienstvertrag.

Forderung der für den Fall vorzeitigen Austritts des Lehrlings vereinbarten Konventionalstrafe.

Dieselbe ist auch dann verwirkt, wenn der vorzeitige Austritt gestützt auf Art. 346 des O.-R. „aus wichtigen Gründen" erfolgen durfte, falls diese Gründe nicht durch den Gläubiger oder einen in seiner Person eingetretenen Zufall oder durch höhere Gewalt veranlaßt worden sind (Art. 181 des O.-R.). Wichtige Gründe im Sinne des Gesetzes beim Lehrvertrag. Antrag auf richterliche Ermäßigung der Konventionalstrafe (Art. 182 des O.-R.).

(Obergericht Zürich, Appellationskammer, 21. Februar 1888.

Ein Vater gab seinen Sohn den Inhabern einer Kunstschreinerei *und Holzbildhauerei* in die Lehre, damit derselbe zu einem berufstüchtigen *Holzbildhauer* ausgebildet werde und verpflichtete sich dabei zur Bezahlung einer Conventionalstrafe von 500 Frkn., falls der Lehrling vor Ablauf der Lehrzeit von 4 Jahren (5. Mai 1885 bis 1889) gegen den Willen seiner Lehrherren austreten sollte. Am 9. Oktober 1887, also nach Verfluß von ungefähr $2^{1}/_{2}$ Jahren, blieb der Lehrling weg und erschien in der Folge nicht mehr. Sein Austritt war ein durchaus einseitiger, ohne den Willen der Lehrherrn erfolgter und diese verlangten deßhalb vom Vater des Lehrlings Bezahlung der versprochenen Konventionalstrafe von 500 Fr., allein dieser bestritt die Schuldpflicht gänzlich mit der Ausführung, daß er zum sofortigen einseitigen Rücktritt vom Lehrvertrag berechtigt gewesen sei, weil die Kläger vom Februar 1887 bis Oktober gl. Js. keinen Kunstschnitzer im Geschäfte gehabt und deßhalb sein Sohn nichts gelernt habe. Eventuell wurde um Reduktion der Konventionalstrafe als einer übermäßigen nachgesucht, *allein die zweite Instanz hiess die Klage im vollen Umfange gut.*

Gründe:

1. Die Voraussetzung, unter welcher der Beklagte die Zahlung der Konventionalstrafe versprochen hat, ist unbestrittenermaßen eingetreten und damit das Klagefundament an sich hergestellt, denn die grundsätzliche Einwendung des Beklagten, daß er zum sofortigen Vertragsrücktritt berechtigt gewesen sei, stellt sich als Einrede dar.

2. Der Lehrvertrag muß nach dem schweizerischen Obligationenrecht und nicht nach kantonalem Recht beurtheilt werden, denn die Anwendung des letztern ist dießfalls absichtlich nicht vorbehalten worden (siehe Commentar von Schneider und Fick zu Art. 349 des O.-R., Anmerkung 1 und 2). Derselbe kann rechtlich nur als Dienstvertrag aufgefaßt werden und daraus folgt allerdings, daß auch der Lehrling das Vertragsverhältniß „aus wichtigen Gründen" sofort einseitig auflösen kann (Art. 346 des O.-R.). Allein diese Berechtigung rechtfertigt die Bestreitung einer für den Fall sofortiger Vertragsauflösung vereinbarten Konventionalstrafe nach dem hier einzig maßgebenden Art. 181 des O.-R. nur dann, wenn die den Vertragsrücktritt gut-

ilßenden „wichtigen Gründe" *entweder den harakter der höhern Gewalt an sich agen oder durch den Dienstherrn oder nen in seiner Person eingetretenen Zuill veranlasst worden sind.* Nun wird is letztere vom Beklagten allerdings geltend emacht, allein mit Unrecht. Denn wenn auch e Gründe, aus denen er das Recht zum sofortigen Vertragsrücktritt ableitet, in Verhältissen liegen, welche die Kläger zu verantorten haben, so waren dieselben eben durchus nicht genügend, um jenes Recht zum sofortigen Rücktritt zu begründen und kann glich auch nicht gesagt werden, daß die eitere Vertragserfüllung überhaupt und speiell durch Verschulden der Kläger unmögch geworden sei.

3. Die Befugniß zum sofortigen Vertragsücktritt wird nämlich darauf gestützt, daß ie Kläger vom Februar 1887 an bis zum Austritte des Lehrlings (Oktober 1887) keinen Kunstschnitzer im Geschäfte gehabt hätten, ler Lehrling deßhalb unbeschäftigt gewesen ei und nichts gelernt habe und die Kläger geben zu, daß der Arbeiter, unter dessen spezieller Anleitung der Lehrling gearbeitet habe, m Frühling 1887 an einen andern Meister abgetreten worden sei, weil das Geschäft über den Sommer flau gehe und daß der Lehrling deßhalb in der genannten Zeit allerdings keine Primaarbeiten zu machen gehabt habe, indessen machen sie geltend, daß derselbe immerhin beschäftigt gewesen und unter der Aufsicht eines Firmaantheilhabers gestanden sei. Es ist nun aber einleuchtend, daß ein Meister bei Abschluß eines Lehrvertrages sich nur verbindlich macht, den Lehrling an Hand der im Geschäfte vorkommenden Arbeiten zu unterrichten, daß ihm aber nicht zugemuthet werden kann, den Lehrling ganz ohne Rücksicht auf den jeweiligen Geschäftsgang streng systematisch weiter zu bilden. Ein solches Begehren kann nur an eigentliche Fachschulen gestellt werden, welche dann ihrerseits vom Schüler eine entsprechende Entschädigung fordern. Aus dem gleichen Grunde kann auch der Lehrling nicht verlangen, daß für ihn ein besonderer Lehrmeister angestellt werde, wenn für einen solchen nicht genügend Arbeit vorhanden ist. Daß endlich in allen Geschäften und Berufsarten flaue Zeiten mit Zeiten angestrengter Thätigkeit wechseln und daß hieran die Meister nichts ändern können, ist eine allbekannte Thatsache. Der Beklagte gesteht überdem zu, daß die Kläger geübte Kunstschreiner sind und daß der eine derselben auch die eigentlichen Schnitzerarbeiten zu kontrolliren verstehe und diese Thatsachen berechtigen zu der Annahme, daß der Lehrling auch im Sommer 1887 Gelegenheit hatte, sich fortzubilden; zudem darf wohl gesagt werden, daß es ihn beim Mangel an specifischer Schnitzarbeit in seinem Berufe wohl nur gefördert hätte, wenn er die Gelegenheit, sich auch mit der Schreinerei etwas vertraut zu machen, benützt hätte. Von einem vertragswidrigen Verhalten der Kläger kann somit nicht gesprochen werden.

4. Ist nun aber der Klageanspruch prinzipiell begründet, so muß er auch in vollem Umfange geschützt werden, denn bei Berücksichtigung aller Verhältnisse stellt sich die vereinbarte Conventionalstrafe nichts weniger als eine übermässige dar. Die Kläger haben dem Lehrling *ohne Entgeld* Kost und Logis gewährt und ihn ungefähr $2^1/_2$ Jahre lang *unentgeltlich* unterrichtet (ein Lehrgeld war nicht vereinbart). Es ist üblich, daß in Fällen, in denen kein Lehrgeld entrichtet wird, eine längere Lehrzeit vereinbart wird, in der Meinung, daß der Meister sich für seine Mühe und seine Verwendungen während der ersten Lehrjahre auf den Leistungen des Lehrlings im letzten Lehrjahre erhole. Dieß ist offensichtlich auch hier so gehalten worden. Man wird nun nicht fehl gehen, wenn man annimmt, daß der Lehrling im ersten Lehrjahre dem Meister durch seine Arbeit ein Entgeld für Kost, Logis und Mühe nicht geboten hat und daß dieses Entgeld auch im zweiten Jahre mit den Leistungen der Lehrmeister noch in keinem Verhältniß gestanden hat; im 3. Lehrjahre ist aber der Lehrling nur 5 Monate geblieben und zwar zugegebenermassen in der flauen Geschäftszeit. Wenn man nun auch annimmt, daß während dieser letztern Zeit seine Arbeit die Leistungen der Lehrherrn aufgewogen habe, so bleiben diese doch für die zwei ersten und schwersten Jahre ohne Entschädigung. Daß die 500 Frkn. für ihre

Leistungen in dieser Zeit zu viel seien, kann nicht gesagt werden, denn dieselben representiren kaum eine tägliche Entschädigung von 70 Rp., sie kommen also höchstens dem effektiven Schaden gleich, woraus von selbst folgt, daß wenn diese Summe vertraglich fixirt worden ist, von Uebermässigkeit nicht gesprochen werden kann.

Kaufvertrag über Liegenschaften.

Vertragsauslegung.

Obergericht Zürich, Appellationskammer.
11. Februar 1888.

Heinrich Moos und Abraham Gut in Geilingen (Baden) treiben gewerbsmäßig Handel mit Liegenschaften in der Weise, daß sie ganze Heimwesen sammethaft kaufen und dann entweder auf der Gant oder aus freier Hand stückweise wieder verkaufen. In Ausübung dieses Berufes traten sie im Mai 1887 auch mit R. Wunderli in Meilen behufs Ankauf seines Heimwesens in Unterhandlungen und diese führten am 31. Mai zur beidseitigen Unterzeichnung eines von Abraham Gut geschriebenen Vertrages, dessen Inhalt in der Hauptsache der folgende ist:

„Wunderli verkauft heute an Moos und Gut seine sämmtlichen Liegenschaften und Gebäude in und außer der Gemarkung und sämmtliche Fahrhabe mit Ausnahme des Mobiliars für die Kaufsumme von 90,000 Fr. unter folgenden Bedingungen:

1. Der Kaufpreis von 90,000 Fr. wird folgendermaßen bezahlt:

a. Kapitalschulden werden angewiesen ca. 50,000 Fr.

b. Der Rest wird bezahlt wie folgt:

1. an baar bei der Fertigung 8000 Fr.
2. mit 4 % Kaufschuldbriefen auf dem Heimwesen 32,000 Fr.

4. *Die Käufer behalten sich noch die Einsicht des Holzes und der Wiesen in der Toggweiler Markung vor.*

6. Die Nachwährschaft wird wegbedungen.“

Die in Ziff. 4 genannten Liegenschaften bestehen in einem größern Komplexe Waldung und Wiesen in Toggweil auf der Höhe des Meiler-Berges (vielleicht 1½ Stunden vom Dorfe Meilen entfernt).

Am 6. Juni 1887 gingen Moos und Gut dorthin und ließen sich die Kaufsobjekte vom Förster Kunz und einem Landwirth auf dem Pfannenstiel vorweisen. Nachher gingen sie zum Verkäufer Wunderli und erklärten ihm, die Besichtigung habe ergeben, daß das wirkliche Flächenmaß (angeblich ca. 17. Juch.) weit unter demjenigen stehe, welches er anläßlich der Kaufsunterhandlungen bezeichnet habe (angeblich 24 Jucharten) und daß sie deßhalb den ganzen Kauf als dahin gefallen erklären müssen. Diese Erklärung bestätigten dieselben mittelst amtlicher Anzeige vom gleichen Tage. Wunderli will gegenüber der genannten mündlichen Eröffnung sofort in Abrede gestellt haben, daß von ihm irgend ein Flächenmaß genannt worden sei und Thatsache ist, daß er auf die amtliche Anzeige antwortete, er verlange die Erfüllung des Kaufvertrages und protestire gegen deßen einseitige Auflösung. Um sich für die Kaufserfüllungs- oder Feststellungsklage den Gerichtsstand des Vertrages (§ 214 des Rechtspflegegesetzes) zu sichern, wirkte Wunderli auf eine Reihe von Kaufschuldbriefen seiner Gegner, die in den Notariatskanzleien Küsnacht und Meilen lagen, gemäß § 596 Ziff. 6 des Rechtspflegegesetzes Arrest aus und stellte dann beim Bezirksgericht Meilen als dem forum contraktus das Rechtsbegehren, daß die Beklagten verpflichtet werden, den Kauf vom 31. Mai 1887 zu halten. Die Beklagten stellten der Klage unter Berufung auf Ziff. 4 des Kaufvertrages die Einwendung entgegen, es sei die Rechtsverbindlichkeit des Vertrages an die Bedingung geknüpft worden, daß ihnen die erst noch zu besichtigenden Grundstücke in der Toggweiler Markung gefallen und da das nicht der Fall sei und sie die Nichtgenehmigung dem Kläger erklärt haben, so könne von Vertragsperfektion keine Rede sein. Sie haben vor Unterzeichnung des Vertrages den ganzen Gewerb des Klägers mit Ausnahme der Toggweiler Grundstücke besichtigt. Diese zu besichtigen, sei wegen der weiten Entfernung, der vorgerückten Zeit und mit Rücksicht auf die Notwendigkeit der

Erledigung anderweitiger Geschäfte am nämlichen Tage nicht mehr möglich gewesen. Um trotzdem zu einem vorläufigen Schluß zu gelangen, habe man dann den Vertrag, wie geschehen, abgefaßt und unterzeichnet mit der ausgesprochenen Meinung, daß derselbe erst nach erfolgter Besichtigung und Billigung der Toggweiler Grundstücke durch sie perfekt werden soll. Sie haben gehofft, die vom Kläger gemachten Maßangaben, auf welche sie ihre Schatzung gegründet, werden mit der Wirklichkeit übereinstimmen und sie deßhalb in der Lage sein, den Kauf definitiv zu genehmigen, allein leider habe sich diese Voraussetzung als eine trügerische erwiesen. Der Kläger bestritt diese ganze Darstellung und machte geltend, daß die Beklagten zwar allerdings pro forma die Gebäulichkeiten und umliegenden Grundstücke besichtigt und sogar eine Reihe von Kaufbriefen eingesehen, schon früher aber und auch damals, bei den Vertragsunterhandlungen, erklärt haben, sie kennen seinen ganzen Gewerb schon längst, so gut wie er selbst. Einzelne Circa-Angaben über den Flächeninhalt des einen oder andern Grundstückes seien gemacht worden, aber gerade bezüglich der Toggweiler Grundstücke sei von den Beklagten dießfalls keinerlei Auskunft verlangt und demgemäß auch nicht gegeben worden. Zu Zif. 4 des Vertrages sei von den Beklagten einfach bemerkt worden, sie wollen die betreffenden Objekte später noch gerne genauer ansehen und sich über den Umfang bezw. die Grenzen derselben nähere Belehrung ausbedingen, wogegen etwas einzuwenden er durchaus keinen Grund und kein Interesse gehabt habe, dagegen werde des bestimmtesten bestritten, daß auch nur ein Wort davon gesprochen worden sei, es solle die Perfektion des Kaufvertrages von der Besichtigung und Genehmigung jener Grundstücke durch den Beklagten abhängig sein. Möglich sei, daß die letztern schon beim Vertragsschluß daran gedacht haben, der Ziff. 4 gegebenenfalls die heute behauptete Auslegung beizulegen, dann aber treffe dieselben der Vorwurf des Dolus, weil sie diese Absicht nicht kund gegeben, sondern in einer unklaren Wortfassung verborgen haben.

Das Bezirksgericht Meilen hieß die Klage gut, die Appellationskammer des Obergerichtes dagegen verwarf dieselbe.

Gründe:

1. Der Rechtsstreit dreht sich einzig um die Frage, welche Bedeutung der Zif. 4 der „Bedingungen“ des Vertrages zukomme: „die Käufer behalten sich noch die Einsicht des Holzes und der Wiesen in der Toggweiler-Markung vor.“

2. Die Beklagten behaupten, durch diese Klausel sei die Vertragsgültigkeit bedingt, d. h. abhängig gemacht worden von ihrer nach Besichtigung der im Toggweiler Banne gelegenen Kaufsobjekte zu fassenden freien Entschließung. Der Kläger dagegen macht geltend, daß der Kauf perfect und unwiderruflich geworden sei mit der beidseitigen Unterzeichnung des Vertrages. Nun ist aber die Auslegung der Beklagten als die richtige anzuerkennen. Ohne an etwas bestimmtes und klares zu denken, hat man die Bestimmung gewiß nicht aufgestellt. Höchst unwahrscheinlich aber ist, daß die Beklagten sich bloß noch das haben ausbedingen wollen, der Kläger müsse ihnen zur Ermittlung des Umfangs der Toggweiler Grundstücke durch Nachweisung der Grenzlinien und Marken behülflich sein. Einer solchen nebensächlichen Verabredung wäre in nicht mißverständlicher Form Ausdruck verliehen worden. Sollte der Kläger beim Vertragsschluß dem Vorbehalt der Beklagten aus Irrthum oder welchem Grunde immer eine andere Bedeutung beigemessen haben als die aus dem Wortlaute abzuleitende, so könnte daraus höchstens gefolgert werden, daß eine übereinstimmende Willensmeinung der Parteien nie bestanden habe, also vom Entstehen eines wirklichen Vertrages gar keine Rede sei.

3. Die Folge des von den Beklagten gemachten Vorbehaltes, — enthalte derselbe nun die Festsetzung einer *Bedenkzeit* oder die Aufstellung einer *Suspensiv-Bedingung* im Sinne von § 1392 des alten privatrechtlichen Gesetzbuches (nunmehr ersetzt durch Art. 269 des O.-R.), — war die, daß der Vertrag vom 31. Mai für sie erst verbindlich wurde, wenn sie ausdrücklich oder durch concludente Handlungen ihre Zustimmung kund gaben. Da letzteres nicht geschah, vielmehr das Gegen-

theil, so ist der ganze Vertrag hinfällig geworden und kann der Kläger nichts für sich daraus ableiten.

4. Mit der vorstehend festgestellten richtigen Auslegung der Vertragsverhandlungen wäre entgegen der Auffassung der ersten Instanz auch die Thatsache wohl vereinbar, daß die Beklagten von den klägerischen Eigenthumsurkunden (Kaufbriefen) Einsicht genommen haben. Ferner kann der ersten Instanz darin nicht beigepflichtet werden, daß die Beklagten die Ziff. 4 der „Vertragsbedingungen" aus Arglist unklar gefaßt haben. Denn der Vorbehalt, den Vertrag erst nach Einsicht und Billigung eines dem Käufer noch nicht oder noch zu wenig bekannten Theiles der Liegenschaften zu genehmigen, konnte für den Verkäufer durchaus nichts gefahrbringendes an sich haben. Anders verhielte es sich natürlich, wenn ein solcher Vorbehalt hintendrein betrüglich geltend gemacht würde, d. h. wenn ihm ein Sinn beigelegt würde, der dem Gegenkontrahenten bei den Vertragsunterhandlungen absichtlich verschleiert worden wäre, dessen Zustimmung also nur eine scheinbare, erschlichene wäre.

Literarisches.

Die schweizerische Haftpflichtgesetzgebung. Mit besonderer Rücksicht auf das Gesetz vom 26. April 1886. Systematisch dargestellt von Dr. Albert Zeerleder, Professor der Hochschule Bern. Bern, Verlag von Jenni's Buchhandlung (Heinrich Koehler) 1888. Preis 3 Fr. 60 Rp.

Der Verfasser hat es unternommen, die schweizerische Haftpflichtgesetzgebung, dieses Spezialrecht über die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschifffahrtsunternehmungen bei Tödtungen und Verletzungen und die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb nach dem Bundesgesetz vom 25. Juni 1881, ergänzt und erweitert durch das Bundesgesetz vom 26. April 1887, in Kraft getreten mit 1. November gleichen Jahres in systematischer Anordnung darzustellen. Dieser Darstellung selbst geht eine Einleitung über die geschichtliche Entwicklung der Haftpflichtgesetzgebung voraus und in das eigentliche und engere Spezialrecht führt uns der Verfasser durch eine vorgängige Darstellung der Haftpflicht nach schweizerischem Obligationenrecht (Art. 62) ein.

Wenn auch die Schrift mit Ausschluß des Anhangs nur 140 Seiten stark ist und deßhalb die Darstellung selbstverständlich eine summarische sein mußte, so entspricht sie dem gegenwärtigen Bedürfniß dennoch vollständig, denn dieses verlangt zunächst nur eine nach einheitlichen Gesichtspunkten vorgenommene, übersichtliche und klare Darstellung der in verschiedenen Richtungen etwas verwickelten, namentlich aber durch das neueste Ergänzungsgesetz complicirt gewordenen Materie. Die Schrift kann somit allen Juristen vorab, im Weitern aber auch allen denen, welche bei der Haftpflichtgesetzgebung überhaupt näher interessirt sind, bestens empfohlen werden.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. April 1888. VII. Band. № 7.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter“ erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil
der
Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes
vom 27. März 1888
in Sachen
der minderjährigen Kinder des Sekundarlehrers *Karl Ziegler sel.* in Hottingen, nämlich: Marie Elise, Anna, Karl und Hans Ziegler, — Kläger und Appellanten,
gegen
die *Transport- und Unfall-Versicherungsgesellschaft „Zürich“*, — Beklagte und Appellatin,
betreffend Forderung aus Unfallversicherung.

Vertraglicher Ausschluß gewisser Unfalls-Ereignisse von der Versicherung. Auslegung der bezüglichen Vertragsbestimmung.

Thatsächliches:

A. Am 15. Februar 1887 ließ sich der Vater der Kläger, Sekundarlehrer Karl Ziegler in Hottingen bei der Beklagten für die Zeit vom 15. Februar 1887 bis zum 15. Febr. 1897 gegen die Folgen körperlicher Unfälle und zwar speziell für den Todes- und Invaliditätsfall auf die Höhe von 10,000 Fr. versichern. Die jährliche Prämie wurde auf 22 Fr. fixirt.

Aus den der Police beigedruckten Versicherungsbedingungen sind hier folgende hervorzuheben:

§ 1 Absatz 1. „Die Gesellschaft versichert auf Grund des eingereichten Antrages gegen die materiellen Folgen körperlicher Schädigungen durch Unfall-Ereignisse, von welchen der Versicherte bei seiner berufs- resp. gewohnheitsmäßigen Beschäftigung oder außerhalb derselben, wie auf Reisen unfreiwillig *und ohne grobe Verschuldung seinerseits* durch äußere gewaltsame Veranlassung betroffen wird.“

§ 1 Absatz 6. „Die Versicherung erstreckt sich nicht auf Unfall-Ereignisse, welche durch Krieg, Aufruhr, Duell, Raufhändel, offenbare Trunkenheit, durch Theilnahme an Wettrennen, Parforce-Jagden, Luftballon-Fahrten *und durch sonstige mit besonderer Gefahr verbundene Wagnisse* herbeigeführt werden. Die Ausdehnung der Versicherung auf Velociped-Fahrten bedarf einer speziellen Vereinbarung hierüber.“

B. In frühern Policen der Beklagten (es liegt eine solche vom 1. Dezember 1879 vor) hatte die leztere Bestimmung eine etwas andere Faßung. Sie lautetete:

„Die Versicherung erstreckt sich nicht auf Unfälle, welche durch Krieg, Aufruhr, Duell, Raufhändel, in der Trunkenheit, durch Zuwiderhandeln gegen die für den Schutz von Leben und Gesundheit bestehenden resp. öffentliche oder private Warnungen und Sicherheitsvorschriften, durch Theilnahme an Wettrennen, Parforce-Jagden, Luftballonfahrten *und sonstigen mit besonderer Gefahr verbundenen Wagnissen*, *als*: *Besteigung von Hochgipfeln,* bei gefährlichen Turn- und Leibesübungen, Fahrten auf Velocipeden, Vergnügungsfahrten auf Kähnen oder Gondeln herbeigeführt werden."

C. Die Beklagte übernimmt die Versicherung auch für Unfall-Ereignisse bei mit besonderer Gefahr verbundenen Wagnissen, dazu bedarf es aber einer speziellen Vereinbarung. Eine solche wurde von der Beklagten z. B. mit Dr. Alexander Wettstein in Zürich getroffen. Der bezügliche Versicherungsvertrag datirt vom 22. Mai 1886 und enthält auf der Rückseite unter dem Titel: „Besondere Bestimmungen" folgenden Zusatz: „Die Versicherung wird hiemit auch auf solche Unfälle ausgedehnt, von welchen der Herr Versicherte während und durch Ausführung von Bergbesteigungen und Bergtouren aller Art (Excursionen im Mittelgebirge, Gletschertouren, Besteigung von Hochgipfeln etc.) in seiner Thätigkeit als Bergtourist betroffen wird. Für Gletschertouren und Besteigung pfadloser Hochgipfel wird die Begleitung concessionirter Bergführer ausdrücklich zur Bedingung gemacht."

Die jährliche Prämie ist in diesem Falle auf 25 Fr. 50, also nur um 3 Fr. 50 höher angesetzt worden als bei Carl Ziegler.

D. Vor dem Abschluß des Versicherungsvertrages mit der Beklagten war Carl Ziegler bei der Caisse Paternelle versichert. Die bezügliche Police enthält den allgemeinen Satz nicht, daß Unfälle ausgeschlossen seien, welche durch mit besonderer Gefahr verbundene Wagnisse herbeigeführt werden, sondern beschränkt sich darauf, die von der Versicherung ausgeschlossenen Ereignisse speziell zu bezeichnen, dabei sind aber Unfälle anläßlich von Bergbesteigungen nicht genannt.

E. Im Juli 1887 bestiegen der Versicherte Carl Ziegler, Dr. Alexander Wettstein in Küsnacht, dessen Bruder H. Wettstein in Bern, Gottfried Kuhn, Sekundarlehrer in Glarus, W. Bär, Lehrer in Hottingen und Gustav Bieder, Apotheker in Bern die Jungfrau. Am 14. Juli verließ die so componirte Reisegesellschaft Lauterbrunnen und erreichte am gleichen Tage Abends die Roththalhütte, wo übernachtet wurde. Am 15. Juli Morgens sah man die sechs Herren von Trachsellauenen und vom Schilt aus, als sie über den sogenannten südwestlichen Grat nach dem Jungfrauhochfirn steuerten. Um 2 Uhr Nachmittags schienen sie nach dem Urtheil der Beobachter den Hochfirn erreicht zu haben. Von da an aber war ihre Spur verloren, indessen ist es Thatsache, daß sie den Jungfraugipfel glücklich erreichten. Wann sie den Abstieg vom Gipfel unternahmen, ob noch am 15. oder erst Morgens den 16. Juli ist nicht festgestellt. Bei diesem Abstieg verunglückten alle sechs. Ihre Leichen wurden am 21. Juli auf dem Jungfraufirn, theilweise tief eingekeilt und eingefroren aufgefunden. Der Sturz in die Tiefe muß nicht weit unterhalb der Spitze erfolgt sein.

F. Der Vormund der minderjährigen Kläger war im Zweifel, ob der Anspruch auf die Versicherungssumme mit Erfolg werde geltend gemacht werden können oder nicht (die Gesellschaft bestritt nämlich jede Schuldpflicht). Man legte deßhalb die Frage dem Herrn Professor Fick vor unter Einhändigung des Versicherungsvertrages und eines frühern Policenexemplars mit dem unter Fact. B. angegebenen, etwas veränderten Wortlaut der hier in Frage kommenden Bestimmung. Die Antwort ging dahin, daß der Anspruch auf Zahlung der Versicherungssumme durchaus begründet sei. Herr Professor Fick stellt den Wortlaut des Versicherungsvertrages in § 1 Absatz 6 dem Wortlaut der ähnlichen Bestimmung im alten Policenexemplar gegenüber, constatirt, daß hier als Beispiele für die mit besonderer Gefahr verbundenen Wagnisse genannt waren: „*Besteigung von Hochgipfeln* und (wie er meint) gefährliche Turn- und Leibesübungen, Fahrten auf Velocipeden, Vergnügungsfahrten auf Kähnen oder Gon-

deln", daß dagegen der in Frage kommende Vertrag (dieß ist wieder seine spezielle Auffassung) nur noch das Velocipedfahren speziell als ein mit besonderer Gefahr verbundenes Wagniß bezeichnet und fährt sodann fort: „Die Weglassung der frühern Beispiele in den spätern Policen und so auch im vorliegenden Vertrag kann den Sinn haben, daß man in den angegebenen Fällen die Ausschließung der Haftbarkeit als selbstverständlich ansah; aber sie kann auch den Sinn haben, daß man in der Beschränkung der Haftbarkeit nicht mehr so weit gehen, d. h. die Fälle, die früher angeführt waren, mit einziger Ausnahme des auch in der neuen Police erwähnten Velocipedfahrens nicht mehr ohne Weiters als von der Versicherung ausgeschlossen ansehen wollte. Es läßt sich sehr wohl denken, daß man das Besteigen von Berggipfeln, wenn dabei die üblichen Vorsichtsmaßregeln beobachtet werden, Turn- und Leibesübungen, Vergnügungsfahrten auf Kähnen und Gondeln als mitversichert ansehen wollte. Vielleicht lag dabei die Erwägung zu Grunde, daß gerade in der Schweiz Bergtouren und Kahnfahrten so sehr in der Volkssitte wurzeln, daß man fürchtete, bei ihrer Ausschließung von der Versicherung schlechte Geschäfte zu machen. Jedenfalls ist die Wendung in der neuen, vorliegend in Betracht kommenden Police: „sonstige mit besonderer Gefahr verbundene Wagnisse" in Beziehung auf die Frage, ob eine Bergtour, wie sie hier in Begleitung eines im höchsten Grade sachkundigen Mannes, des Herrn Geologen Wettstein vorgenommen wurde, von der Versicherung ausschliesse, höchst zweifelhaft. Nun ist aber kaum irgend ein Rechtssatz in der Wissenschaft und Praxis so unbestritten als der, daß die von den Versicherern aufgestellten Vertragsklauseln oder Bedingungen im Zweifel gegen dieselben auszulegen seien. An Hand dieses Rechtsatzes (der näher begründet und mit einer Reihe von Citaten belegt wird) ist daher, wenn man lediglich den Wortlaut der Police und die concreten Umstände, die darauf hindeuten, daß Ziegler im Vertrauen auf den höchst sachkundigen Begleiter, den Herrn Geologen Wettstein, die Bergtour unternommen und nicht das Opfer eigener Unvorsichtigkeit, sondern unvorhergesehener Naturereignisse geworden ist, in Betracht zieht, gegen die Unfallversicherungsgesellschaft zu entscheiden."

Auf Grund dieses Gutachtens entschlossen sich die Waisenbehörden, den Prozeß zu bestehen und es leitete deßhalb der Vormund am 1. Oktober 1887 die auf Bezahlung der Versicherungssumme von 10,000 Fr. gerichtete Klage ein. Das Bezirksgericht Zürich wies dieselbe aber mit Urtheil vom 18. Febr. 1888 ab. Die Kläger appellirten und es beantragte ihr Vertreter heute die vollständige Gutheißung des eingeklagten Anspruches, während die Beklagte um Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils nachsuchte.

Entscheidungsgründe:

1. Der Erblasser der Kläger, welcher bei der Beklagten gegen Unfall versichert war, ist am 15. oder 16. Juli 1887 während des Abstiegs vom Gipfel der Jungfrau verunglückt. Damit ist der Anspruch der Kläger auf Bezahlung der Versicherungssumme an sich zur Existenz gelangt und es kommt nur in Frage, ob nicht vertragliche sogenannte Ausschließungsgründe vorhanden sind, welche denselben in Wegfall bringen.

2. Die Beklagte macht zwei solche Ausschlußgründe geltend. Erstens behauptet sie, daß die Ursache des Unfalls in eigener grober Verschuldung des Versicherten liege, was sie nach § 1 Absatz 1 der Versicherungsbedingungen von der Verpflichtung zur Bezahlung der Versicherungssumme entbinde. Zweitens macht sie geltend, daß derselbe durch ein mit besonderer Gefahr verbundenes Wagniß herbeigeführt worden sei, was nach Absatz 6 der bezeichneten Bestimmung den gleichen Effect habe. Dieser zweite Ausschlußgrund ist auch in der That als zutreffend zu erachten und es braucht daher nicht untersucht zu werden, ob bezüglich der erstern das Gleiche stattfinde.

3. Es ist zunächst klar, daß dieser Ausschlußgrund nicht bloß ein den erstbezeichneten erläuterndes Beispiel ist. Derselbe setzt also nicht ein grobes Verschulden des Versicherten voraus, sondern muß völlig selbständig interpretirt werden. Als ein mit be-

sonderer Gefahr verbundenes Wagniß ist jede Unternehmung zu betrachten, bei welcher die Unfalls-Gefahr für Leib und Leben des daran Theil nehmenden Versicherten eine erheblich größere ist, als bei der gewohnten Lebensbeschäftigung. Insofern freilich ist der Ausdruck unklar, als im gewöhnlichen Sprachgebrauche ein derartiges Unternehmen schon dann Wagniß genannt wird, wenn die bezeichnete Voraussetzung auch nur *objektiv* zutrifft, ohne daß der Theilnehmer selbst das Bewußtsein hievon gehabt zu haben braucht, während derselbe anderseits doch auch wiederholt auf die subjective Ueberzeugung des Theilnehmers von der ihm drohenden vermehrten Gefahr hindeutet. Diese Unklarheit ist im Anschlusse an das Gutachten von Professor Dr. Fick und die Praxis des deutschen Reichsgerichts (vergleiche hierüber auch noch besonders die Entscheindung des deutschen Reichsgerichts vom 4. Mai 1887, Band XVIII, Seite 143) zu Gunsten des Versicherten auszulegen, d. h. es muß nicht nur *objektiv* ein mit besonderer Gefahr verbundenes Wagniß vorliegen, sondern auch der Versicherte subjektiv davon überzeugt gewesen sein. Dieser subjektiven Ueberzeugung ist es freilich sowohl nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen als auch nach dem eben citirten Entscheide des deutschen Reichsgerichtes gleichzustellen, wenn dem Versicherten in Folge eigenen Verschuldens, d. h. eigener Fahrlässigkeit jene Ueberzeugung gemangelt hat. Endlich muß der Unfall herbeigeführt worden sein *durch* das Wagniß d. h. es muß der Versicherer den Causalzusammenhang mit dem eingetretenen Unfall nachzuweisen vermögen.

4. Damit wäre der Sinn der fraglichen Vertragsbestimmung in durchaus befriedigender und für den Versicherten keineswegs unbilliger Weise interpretirt und es ist nun im Weitern sofort klar, daß auch die Besteigung von Hochgipfeln unter den Begriff solcher Wagnisse fallen kann, sobald, wie dieß ja gar nicht selten der Fall ist, die damit verbundene Gefahr eine erheblich größere ist, als bei gewöhnlichen Reisen, welche an sich, selbst wenn dieß in den Policenbestimmungen nicht ausdrücklich gesagt sein sollte, in der Regel nicht als mit besonderer Gefahr verbundene Wagnisse zu betrachten sind. Allein es behaupten nun die Kläger, daß aus der Abänderung des Wortlauts der frühern Policen die Willensmeinung der Beklagten hervorgehe, die Besteigung von Hochgipfeln überhaupt nie und unter keinen Umständen als ein mit besonderer Gefahr verbundenes Wagniß aufzufassen, ausgenommen natürlich den Fall eines groben Verschuldens des Versicherten, wo dann aber nicht diese Bestimmung, sondern § 1 *Absatz 1* der Versicherungsbestimmungen zur Anwendung käme. Es ist nun zwar richtig, daß in den ältern Policen nach den Worten: „und sonstigen mit besonderer Gefahr verbundenen Wagnissen" der Passus eingeschaltet war: „als: Besteigung von Hochgipfeln, bei gefährlichen Turn- und Leibesübungen, Fahrten auf Velocipeden, Vergnügungsfahrten auf Kähnen und Gondeln", während bei den jetzigen Policen dieser Passus mangelt resp. durch den Nachsatz: „die Ausdehnung der Versicherung auf Velocipedfahrten bedarf einer speziellen Vereinbarung hierüber", ersetzt ist. Allein hieraus kann der oben bezeichnete Schluß nicht gezogen werden. Die Besteigung von Hochgipfeln ist nämlich in den frühern Policen nur als Beispiel von mit besonderer Gefahr verbundenen Wagnissen angeführt und zwar als einziges Beispiel, denn die folgenden Aufzählungen enthalten weitere selbständige Ausschließungsgründe und es kommt daher lediglich in Frage, ob der Umstand, daß in der neuen Redaktion das gewählte Beispiel weggelassen ist, zu der Annahme berechtige, daß man die Besteigung von Hochgipfeln überhaupt nicht mehr als ein solches Wagniß erachtet wissen wollte. Das ist aber offenbar unrichtig. Gewiß gibt es Besteigungen von Hochgipfeln, welche mit durchaus keiner besondern Unfallgefahr verbunden sind und das gewählte Beispiel war daher höchst unpassend, ja geradezu im Stande, einen an sich klaren Begriff wieder zu verwirren, anstatt denselben, was doch der Zweck jedes Beispiels sein soll, zu verdeutlichen. Nichts ist daher leichter verständlich, als daß man bei der neuen Redaktion das gewählte Beispiel fallen ließ, hieraus aber den Schluß zu ziehen, daß man damit

sämmtliche Bergbesteigungen, also auch solche, welche im eminentesten Maße die Bezeichnung von Wagnissen verdienen, nicht mehr als solche und demnach nicht mehr als Ausschließungsgründe für die Verpflichtung zur Bezahlung der Versicherungssumme habe betrachten wollen, wäre geradezu widersinnig. Anders verhält es sich natürlich bezüglich der gefährlichen Turn- und Leibesübungen und der Vergnügungsfahrten auf Kähnen und Gondeln, denn diese sind in den alten Policen nicht als bloße Beispiele von mit besonderer Gefahr verbundenen Wagnissen, sondern als selbständige Ausschließungsgründe aufgeführt. Ob dieselben in Folge dessen nunmehr in keinem Falle mehr, außer wo ein grobes Verschulden vorliegt, die Versicherungsgesellschaft von der Zahlung der Versicherungssumme entbinden, also auch dann nicht, wenn darin ein mit besonderer Gefahr verbundenes Wagniß liegt, braucht indessen an diesem Orte nicht erörtert zu werden.

5) Es wäre auch völlig unerheblich, wenn etwa der Versicherte, veranlaßt durch den fraglichen Unterschied zwischen den alten und den neuen Versicherungsbestimmungen irrthümlicher Weise die Ansicht gehabt hätte, die Versicherung erstrecke sich auf Hochgebirgstouren aller und jeder Art. Dieser Irrthum hätte ihn vielleicht, wenn er ihn hätte nachweisen können, berechtigt, den Versicherungsvertrag wegen wesentlichen Irrthums über den Vertragsinhalt anzufechten, d. h. rückgängig zu machen, niemals aber den irrthümlichen Vertragsinhalt zu seinen Gunsten geltend zu machen. Uebrigens liegt nichts dafür vor, daß Ziegler sich wirklich in jenem Irthum befunden, ja auch nur den Wortlaut der ältern Policen gekannt habe, denn seine eigene frühere Police war eine solche der Caisse Paternelle, in welcher der Ausschließungsgrund des mit besonderer Ge- Gefahr verbundenen Wagnisses überhaupt gar nicht namhaft gemacht ist.

6. Nun ist aber die Besteigung der Jungfrau unter allen Umständen, selbst unter der Leitung patentirter Führer und mit allen üblichen Vorsichtsmaßregeln unternommen, *objektiv* ein mit besonderer Gefahr verbundenes Wagniß; denn diese Besteigung ist, wie eine Abhandlung im Jahrbuch des schweizerischen Alpenklubs vom Jahre 1886/87 sagt, an Schwierigkeit derjenigen des Matterhorns ebenbürtig, zählt also zu den gefährlichsten Bergbesteigungen, die es in den Alpen überhaupt gibt. Eine Bestätigung dieser Thatsache liegt auch darin, daß diese Besteigung, soviel wenigstens dem Gerichte bekannt ist, noch nie ohne gehörige Begleitung ortskundiger Führer ausgeführt wurde. Solche Bergbesteigungen sind naturgemäß immer und unter allen Umständen mit besonderer Lebensgefahr verbunden und gehören daher zu den mit besonderer Gefahr verbundenen Wagnissen im Sinne der Versicherungsbestimmungen der Beklagten. Das Wagnis war selbstverständlich um so größer, als die Tour ohne gehörige Führerleitung ausgeführt wurde. In dieser Beziehung ist namentlich noch darauf hinzuweisen, daß, selbst wenn man die beiden geübten Bergsteiger Kuhn und Dr. Wettstein den patentirten Führern des Berner Oberlandes gleichstellen wollte, — was übrigens schon deßhalb nicht angeht, weil sie nicht ortskundig waren und daher ein Führerpatent für das Berner Oberland nicht hätten erhalten können, — das Zahlenverhältniß dieser Führer zu den übrigen Theilnehmern, welche sämmtlich keineswegs zu den geübten Bergsteigern gezählt werden können, ein so ungünstiges war, daß sich die Unternehmung schon einzig aus diesem Grunde selbst dann zu einem mit besonderer Gefahr verbundenen Wagniß gestaltete, wenn man eine nicht allen Vorsichtsmaßregeln, namentlich also einer gehörigen Zahl von tüchtigen und ortskundigen Führern unternommene Jungfraubesteigung an und für sich nicht als ein solches bezeichnen wollte. Es ist auch durchaus nicht unwahrscheinlich daß wenn eine genügende Zahl ortskundiger Führer die Karawanne begleitet hätte, dieselbe selbst bei verspätetem Aufbruch von der Roththalhütte, — was dann übrigens die Führer höchst wahrscheinlich hätten verhindern können, — früher auf der Spitze angekommen wäre und da sie wegen des Wetters unzweifelhaft sofort den Abstieg genommen, den Roththalsattel noch erreicht

hätte, bevor der Sturm den Herabstieg auf dem Grate unmöglich machte, womit sie wahrscheinlich gerettet gewesen wäre; denn gerade für das rasche Vorwärtskommen ist eine gehörige Zahl ortskundiger Eührer erfahrungsgemäß von der allergrößten Bedeutung, wie z. B. der Bericht von Professor F. O. Wolf in Sitten über die ebenfalls durch plötzlich hereinbrechendes Unwetter verursachte Katastrophe am Matterhorn vom 16.—18. August 1886 (Jahrbuch des Alpenklubs vom Jahre 1886 pag. 384) ganz besonders hervorhebt.

7. Es ist auch nicht daran zu zweifeln, daß Ziegler subjectiv davon überzeugt war, daß diese Bergbesteigung ein mit besonderer Gefahr verbundenes Wagniß sei, eventuell wäre es ihm, dem intelligenten und gebildeten Manne, jedenfalls als Fahrlässigkeit anzurechnen, wenn er dieses Bewußtsein nicht gehabt hätte. Von Bedeutung ist in dieser Beziehung, daß, wie von den Jungfraubesteigern wiederholt hervorgehoben wird, die Gefahren des gewöhnlichen Weges von der Roththalhütte über den südwestlichen Grat, wie übrigens auch des Abstiegs bis zum Roththalsattel, abgesehen von dem dort vorhandenen Bergschrund, offensichtliche sind, was übrigens Jedermann weiß, der den Berg schon von dieser Seite gesehen hat. Auch war gerade damals besonders eindringlich vor den führerlosen Touren gewarnt worden und fanden sich bezügliche Warnungen in den Gasthöfen angeschlagen. Ziegler mußte auch wissen, daß sein Begleiter Bär kein geübter Berggänger war und höchstens Kuhn und Dr. Wettstein als wirklich geübte Bergsteiger betrachtet werden konnten. Auch seiner eigenen Befähigung zu einer Jungfraubesteigung war er keineswegs sicher, denn die von ihm vorher ausgeführten Bergtouren (Säntis, Mythen, Titlis) sind bei ordentlichem Wetter von jedem gesunden jungen Manne leicht und ohne besondere Gefahr auszuführen, insofern der richtige Weg innegehalten wird. Endlich war er gewiß auch des Wetters nicht so unkundig, daß er nicht, wie die Andern beim Aufbruch von der Roththalhütte gesehen hätte, daß dasselbe zum Mindesten unsicher war.

8. Auch der Kausalzusammenhang zwischen dem mit besonderer Gefahr verbundenen Wagniß und dem Unfalle ist nicht zu bezweifeln. Es ist zwar sehr wohl möglich, ja sogar wahrscheinlich, daß ohne das Hereinbrechen des Gewittersturms, als eines elementaren Ereignisses, die Ersteigung geglückt wäre, denn wenn auch durch die Expedition Oertli konstatirt worden ist, daß die Verunglückten beim Abstieg vom Jungfraugipfel links vom richtigen Wege abgewichen und wahrscheinlich in Folge dessen abgerutscht sind, so ist doch nicht ausgeschlossen, daß sie hiezu, um sich vor der Gewalt des Sturms zu schützen, geradezu gezwungen waren. Allein der fragliche Kausalzusammenhang ist nichts desto weniger doch vorhanden, denn die besondern Gefahren, welche bei einer solchen Bergbesteigung den Menschen bedrohen, liegen namentlich auch darin, daß derselbe dabei weit mehr als sonst denjenigen Zufällen ausgesetzt ist, welche man gewöhnlich als höhere Gewalt zu bezeichnen pflegt und zwar namentlich denjenigen des Sturmes, welcher auf derartigen Höhen und auf den schwindelnden, steilen und langen Eis- und Schneegräten viel gewaltiger rast und viel schlimmere Folgen hat, als im Flachlande oder auf niedrigern Bergen, wo solche gefährlichen Passagen mangeln, zumal wenn, wie gerade bei der Jungfraubesteigung die Unterkunft bietenden Stellen so weit entfernt sind. Nur wenn die das Unglück verursachende höhere Gewalt eine solche gewesen wäre, welche nicht als durch das Wagniß erheblich erhöht betrachtet werden müßte, was z. B. selbst beim Blitzschlag nicht zutreffen würde, wäre der Kausalzusammenhang zwischen Wagniß und Unfall als nicht vorhanden zu betrachten.

Schluss:

Die Appellation der Kläger ist unbegründet und demnach die Klage abgewiesen.



Urtheil
der
Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes
vom 17. März 1888,
in Sachen
des *Albert Bucher*, Dammstraße 22 in Außersihl, Kläger und Appellanten,
gegen
die Firma *Escher Wyss & Cie.* in Zürich, Beklagte und Appellatin,
betr. Haftpflicht aus Fabrikbetrieb.

Wenn es sich um einen eigentlichen Fabrikunfall im Sinne des Spezialgesetzes vom 25. Juni 1881 handelt, so kann die Haftpflicht des Betriebsunternehmers auch nur aus diesem und nicht daneben aus den Bestimmungen des Schw. O.-R. über die Haftpflicht aus unerlaubten Handlungen (Art. 50 u. f.) abgeleitet werden.

Bestreitung des Causalzusammenhanges zwischen einer allfällig vorhandenen theilweisen Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit des Verletzten und dem Unfall gestützt auf die Behauptung, daß die Arbeitsfähigkeit durch Amputation des steif gewordenen Fingers wieder vollständig hergestellt werden könne und Kläger verpflichtet sei, diese Amputation vornehmen zu lassen. Art. 1, 2, 5a und 6 des Fabrikhaftpflichtgesetzes. Bedeutung der Maximalclausel. Das Princip der proportionalen Reduktion ist im Gesetze nicht begründet.

Streitfrage:

Sind die Beklagten verpflichtet, dem Kläger 3000 Fr. Schadenersatz zu bezahlen?

Thatsächliches:

A. Der am 8. März 1872 geborne Kläger Albert Bucher trat am 28. Mai 1887, also im Alter von 15 Jahren als sogenannter Nieterknabe in den Dienst der Beklagten. Nach seiner Behauptung hätte er einen Taglohn von 1 Fr. 10 Rp. erhalten, die Beklagte bestreitet indeß dieses Vorbringen und macht geltend, daß demselben nur 75 Rp. per Tag bezahlt worden seien.

B. Am 20. Juli 1887 war Bucher damit beschäftigt, für den Kesselschmiedmeister Brühwyler Nieten zu wärmen und ihm solche behufs Verwendung am Kessel darzubieten. Als er nun im Begriffe war, dem Meister wieder eine solche Niethe zu bringen und zu diesem Zwecke in den Kessel zu steigen, glitt er aus, fiel nach vorn in den Kessel, gerieth dabei mit der linken Hand auf eine messerscharfe Kesselkante (eine sogenannte Butze) und zerschnitt sich dabei die Sehne der innern Handfläche. Nach fünfwöchentlicher Behandlung im Spital wurde Bucher als geheilt entlassen, *indessen blieb der kleine Finger der linken Hand steif*. Derselbe steht ungefähr senkrecht zur Handfläche fest und hemmt so den ungenirten Gebrauch der Hand.

C. Die Beklagte erklärte sich — jedoch ohne Anerkennung einer Rechtspflicht — von Anfang an bereit, dem Kläger die Heilungskosten und den Schaden an Lohneinbuße während der Heilungszeit zu ersetzen und ihm überdem eine Abfindungssumme von 250 Fr. zu bezahlen. Allein dieser begnügte sich damit nicht, sondern verlangte als Schadenersatz für dauernde theilweise Beeinträchtigung seiner Erwerbsfähigkeit statt der anerbotenen 250 Fr., eine Summe von 3000 Fr. Die Klageeinleitung erfolgte beim Friedensrichteramt am 15. und beim Gericht am 24. November 1887. Die principielle Haftpflicht der Beklagten wurde zunächst aus dem schweizerischen Obligationenrecht (Art. 50 u. f.) abgeleitet, gestützt auf die Behauptung, daß die scharfen Kanten im Kessel, an denen sich der Kläger verletzt hat, am Unfallstage hätten abgeschnitten sein sollen, daß das damalige Nochvorhandensein derselben auf eine grobe Fahrlässigkeit der Beklagten zurückgeführt werden müsse und diese somit aus dem Titel der unerlaubten Handlung für den Schaden einzustehen haben. Eventuell berief sich der Kläger auf das Fabrikhaftpflichtgesetz vom 25. Juni 1881 und zwar in erster Linie auf den Art. 1 desselben, jedoch nur in dem Sinne, daß geltend gemacht wurde, es haben die Beklagten die Verletzung durch eigenes Verschulden herbeigeführt, weil von ihnen nicht für rechtzeitiges Ab-

schneiden der scharfen Kanten im Kessel gesorgt worden sei. Vom Verschulden eines Mandatars, Representanten, Leiters oder Aufsehers der Fabrik wurde nicht gesprochen. In 3. Linie rief dagegen Kläger den Art. 2. des Haftpflichtgesetzes an. Im Weitern verlangte derselbe, daß bei Ausmittlung des Quantitativs nicht sein gegenwärtiger, sondern derjenige Lohn zu Grunde gelegt werde, den er nach einigen Jahren als dannzumal erwachsener Arbeiter hätte verdienen können und der von ihm ohne Widerspruch der Beklagten auf täglich 3 Fr. angegeben wird.

D. Die Beklagten bestritten, daß hier das Obligationenrecht angerufen werden könne und vertraten die Ansicht, daß nur das Fabrikhaftpflichtgesetz zur Anwendung komme, weil es sich um einen reinen Fabrikunfall handle. Daß ihnen irgend ein Verschulden zur Last falle, wurde energisch bestritten und im Uebrigen ausgeführt, daß die Verletzung aus Zufall eingetreten sei, weßhalb eventuell eine Ermäßigung der Ersatzpflicht zu erfolgen hätte (Art. 5 l. a. des Gesetzes) daß indessen von einer Reduktion der Erwerbsfähigkeit des Klägers und daherigem Schaden keine Rede sein könne und eventuell eine Ersatzpflicht deßhalb ausgeschlossen wäre, weil der Kläger sich der ärztlichen Behandlung eine Zeit lang in ungehöriger Weise entzogen und die Sache dadurch verschlimmert habe und weil eine allfällig zur Zeit vorhandene Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit durch Amputation des steif gewordenen Fingers vollständig beseitigt werden könnte, und der Kläger verpflichtet sei, diese *absolut ungefährliche* Amputation vornehmen zu lassen oder dann eben den Schaden an sich selbst tragen müsse. Eventuell wurde geltend gemacht, daß der Berechnung des entsandenen Schadens nur der *gegenwärtig* vom Kläger verdiente Lohn von 75 Rp. täglich zu Grnnde gelegt werden dürfe.

E. Mit Urtheil vom 24. Januar 1888 verpflichtete das Bezirksgericht Zürich die Beklagten zur Zahlung einer Aversalsumme von 300 Fr. als dem Kläger aus theilweiser dauernder Beeinträchtigung seiner Erwerbsfähigkeit entstandenen Schaden. Das Gericht sprach die prinzipielle Haftpflicht der Beklagten *auf Grund des Fabrikhaftpflichtgesetzes, spez. Art. 2 desselben,* und zwar in vollem Umfange, also ohne Annahme des Reduktionsgrundes von Art. 5 lit. a desselben aus und begründete sodann den gefundenen Ansatz von 300 Fr. in der Hauptsache, wie folgt: Nach Art. 6 des Gesetzes sei im Falle von Verletzung oder Erkrankung neben den hier nicht in Frage kommenden Heilungs- und Verpflegungskosten, der Schaden zu ersetzen, den der Verletzte oder Erkrankte infolge gänzlicher oder theilweiser, dauernder oder vorübergehender Erwerbsunfähigkeit erlitten habe. Dabei müsse berücksichtigt werden, daß das Maximum der Entschädigung bei totaler Invalidität 6000 Fr. betragen dürfe, denn daraus folge, daß die Höhe der zu sprechenden Entschädigung proportional hiezu bemessen werden müsse. Die Entschädigung soll sich zu den 6000 Fr. oder dem sechsfachen Jahresverdienst ungefähr so verhalten wie die eingetretene Invalidität zu der totalen. In concreto könne indessen das Maximum von 6000 Fr. deßhalb nicht zu Grunde gelegt werden, weil weder Dolus noch grobe Fahrlässigkeit ab Seiten des Werkführers oder gar des Betriebsunternehmers selbst nachgewiesen sei und weil auch keineswegs feststehe, daß der Kläger in kurzer Zeit ein intelligenter Arbeiter mit schönem Lohn geworden wäre. Bei dieser Sachlage sei die Zahl 4000 in die Proportion einzusetzen und wenn man nun berücksichtige, daß die eingetretene Invalidität kaum $^1/_{10}$ der totalen ausmache, so werde der Kläger mit 300 Fr. genügend entschädigt sein.

F. Gegen dieses Urtheil appellirte der Kläger und beantragte in der heutigen Verhandlung die vollständige Gutheißung der Klage im Betrage von 3000 Fr. Der Vertreter der Beklagten suchte dagegen um Verwerfung der Appellation und Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils nach.

Entscheidungsgründe:

1. Kläger stützt den erhobenen Anspruch in rechtlicher Beziehung zunächst auf die Bestimmungen des schweizerischen Obligationenrechts über die Haftpflicht aus unerlaubten

Handlungen, allein die Richtigkeit dieses Standpunktes wird beklagterseits mit Recht in Widerspruch gesetzt. Der dem Kläger zugestossene Unfall, welcher die Veranlassung und die thatsächliche Grundlage seines Anspruches bildet, stellt sich nämlich ganz unzweifelhaft und wie übrigens auch nicht bestritten, sondern gegentheils anerkannt ist, als Fabrikunfall im Sinne des Haftpflichtgesetzes vom 25. Juni 1881 dar und da die Beklagte auch diejenige Person ist, welche die Fabrik betreibt, in deren Räumlichkeiten und durch deren Betrieb der Kläger als Fabrikarbeiter verletzt wurde, so kann sie auch nur aus dem erwähnten Haftpflichtgesetz verantwortlich gemacht werden. Dieß ergibt sich zunächst aus der Natur dieses Gesetzes als eines Spezialgesetzes in Verbindung mit dem Umstand, daß dasselbe seinem Inhalte nach die Haftpflicht des Fabrikherrn für Fabrikunfälle in so umfassender und vollständiger Weise regulirt, daß daneben für die Anwendbarkeit des Obligationenrechtes als dem jus generale kein Raum mehr übrig bleibt. So statuirt dasselbe die Haftpflicht nicht nur aus exceptionellen, dem allgemeinen Rechte fremden Gesichtspunkten, sondern in erster Linie und vor Allem aus aus dem allgemein rechtlichen Haftpflichtgrunde des außervertraglichen Verschuldens bezw. der unerlaubten Handlung (Art. 1, verbis: „sofern er selbst *durch ein Verschulden* die Verletzung oder den Tod herbeigeführt hat"). Aber auch aus diesem Grunde wird die Haftpflicht nur im Sinne und Umfange des Spezialgesetzes ausgesprochen (Art. 1 „haftet innerhalb den Bestimmungen dieses Gesetzes für den entstandenen Schaden"). Mit Unrecht würde dagegen eingewendet, der Sinn des Gesetzes sei bloß der, daß der Fabrikherr unter allen Umständen auch aus dem Titel eigenen Verschuldens *im Umfange der Spezialvorschrift* hafte, nicht aber der, daß er immer nur, also auch dann bloß in diesem Umfange tenent sei, wenn aus dem allgemeinen Recht eine weitergehende Haftpflicht abgeleitet werden könne. Gegen diese Auffassung spricht zunächst der Mangel jeder Andeutung im Gesetzestext nach der Richtung hin, daß für den Fabrikherrn bezüglich der eigentlichen Fabrikunfälle außer der hier festgesetzten noch eine weitergehende Haftpflicht bestehen soll und zwar um so mehr, als zu einer solchen Andeutung gewiß die dringenste Veranlassung vorgelegen hat, sobald man trotz Aufnahme des allgemein rechtlichen Haftpflichtgrundes der unerlaubten Handlung in das Spezialgesetz dieses nicht allein entscheiden lassen wollte. Daß trotzdem keine solche Andeutung ins Gesetz aufgenommen, sondern positiv und vorbehaltslos gesagt wurde, der Fabrikherr hafte auch aus eigenem Verschulden *innerhalb den Bestimmungen* des Spezialgesetzes dürfte für sich allein schon genügen, um die Anwendung des Obligationenrechtes anszuschliessen. Hätte das letztere daneben noch zugelassen werden wollen, so würde der Gesetzgeber den Verpflichtungsgrund des eigenen Verschuldens überhaupt nicht ins Gesetz aufgenommen, sondern dieses mit dem Satze eingeleitet haben: „Wer eine Fabrik im Sinne des Gesetzes vom 23. März 1877 betreibt, haftet abgesehen von seiner Verantwortlichkeit aus acquilischem Verschulden nach den Bestimmungen des gemeinen Rechts, innerhalb den Bestimmungen dieses Gesetzes für den entstandenen Schaden, noch in folgenden Fällen." Vollends entscheidend ist aber sodann gewiß die in Art. 6 des Haftpflichtgesetzes vorgesehene Maximalklausel, speziell die Bestimmung, daß diese nur auf solche Fälle keine Anwendung finde, in denen die Verletzung oder Tödtung durch eine strafrechtlich verfolgbare Handlung des Betriebsunternehmers herbeigeführt worden sei, denn damit ist ja des deutlichsten gesagt, daß der letztere in allen andern Fällen, in denen er den Unfall selbst verschuldet hat, nur bis auf 6000 Fr. beziehungsweise den sechsfachen Jahresverdienst haftet und dieser Satz ist absolut unvereinbar mit der gleichzeitigen Ableitung der Haftpflicht auf Grund des Deliktstitels aus dem Obligationenrecht, weil dieses eine derartige Maximalklausel nicht kennt. Die Anwendung des letztern müßte zur Verurtheilung voller Ersatzleistung führen, wo aber das Spezialrecht mit dem allgemeinen Recht in Widerspruch geräth, geht selbstverständlich das erstere vor. Gegenüber diesen Ausführungen kann die allgemeine Betrachtung

nicht Stich halten, die dahin geht, das Haftpflichtgesetz habe die Fabrikarbeiter nur begünstigen, dieselben aber nicht außerhalb das gemeine Recht stellen, die Haftpflicht der Fabrikherrn erweitern, nicht aber anderseits wieder einschränken wollen. Das Fabrikhaftpflichtgesetz schafft nun einmal thatächlich nicht bloß singuläres Recht *zu Gunsten der Arbeiter,* sondern auch *zu Gunsten der Betriebsunternehmer* und zwar in letzterer Beziehung durch die Aufstellung der Maximalklausel auch für die Fälle des eigenen Verschuldens, sobald dasselbe nicht in eine strafbare Handlung ausartet, dadurch, daß es nur die Pflicht zum Ersatz des wirklichen Schadens statuirt, während nach Art. 54 des O.-R. in gewissen Fällen über den erweislichen Schaden hinaus eine Geldsumme zugesprochen werden kann und durch die Bestimmung, daß wer die Ersatzpflicht aus dem Titel eigenen Verschuldens des Beklagten ableitet, dieses immer beweisen muß, währenddem dasselbe nach Art. 62 des O.-R., sobald der Schaden durch einen Arbeiter oder Angestellten des Geschäftsherrn in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen verschuldet worden ist, präsumirt wird. Ferner ist auch die spezielle Verjährungsbestimmung dem Fabrikherrn etwas günstiger. Es sind das Concessionen, die man den Verpflichteten gemacht hat als Acquivalent für die anderseits so außerordentlich weitgehende prinzipielle Verantwortlichkeit, die den Zufall und das Verschulden dritter mit geringen Ausnahmen umfaßt. Diese Betrachtungen zeigen, daß der Zweck des Spezialgesetzes nicht bloß der war, die gemeinrechtlichen Haftpflichtgrundsätze für das Fabrikgewerbe zu erweitern, sondern der einer vollständigen, umfassenden und abschliessenden Regulirung der Haftpflicht des Betriebsunternehmers einer Fabrik für die Folgen der sogenannten Fabrikunfälle. Dieser Auffassung verdankt denn auch die Uebergangsbestimmung des Art. 888 des O.-R. ihre gegenwärtige Redaktion. Es ist hier das Spezialrecht als Ganzes, in seiner Totalität vorbehalten und damit gesagt worden, daß es auf die darin vorgesehenen Haftpflichtfälle auch allein zur Anwendung komme. Dieser Gedanke ergibt sich mit aller Deutlichkeit daraus, daß die Entwürfe zum Obligationenrecht (siehe z. B. den Entwurf eines Einführungsgesetzes zum O.-R. von Schneider mit Motiven, Art. 10, abgedruckt in der Zeitschrift für schweizerisches Recht Bd. IV pag. 439) das Spezialrecht nur bezüglich derjenigen Punkte, in denen dasselbe eine strengere Haftpflicht als das Obligationenrecht feststellt, vorbehalten, im Uebrigen aber, namentlich mit Bezug auf die Größe der Entschädigung das Obligationenrecht an seine Stelle setzen wollten, der Gesetzgeber aber diesen Standpunkt mit vollem Bewußtsein verworfen und das Spezialrecht als Ganzes, in seiner Totalität vorbehalten hat (siehe auch Commentar von Schneider und Fick zum Obl.-R., Art. 888). Ferner ist zu berücksichtigen, daß der Betriebsunternehmer beim Fabrikbetrieb vielfach nicht eine einzelne physische Person, sondern eine Aktien-, Kollectiv- oder Commanditgesellschaft ist, und daß er, soweit das der Fall ist, aus dem Art. 50 des O.-R. auch deßwegen nicht belangt werden kann, weil derartige absolut oder relativ juristische Personen nur einen fingirten Willen haben und deßhalb Delikte nicht begehen können. Die Anwendbarkeit des Art. 62 aber ist ausgeschlossen, weil derselbe, wie bereits gezeigt worden, mit dem Spezialrecht in absolutem Widerspruch steht. Wollte man also das Obligationenrecht neben dem Haftpflichtgesetz zulassen, so könnte zwar der Einzelbetriebsunternehmer aus demselben belangt werden, nicht aber eine Betriebsgesellschaft, ein Resultat, das kaum beabsichtigt war und jedenfalls nicht befriedigen würde.

2. Aus dem Titel ex delicto kann die Haftpflicht der Beklagten aber auch aus dem Spezialgesetz vom 25. Juni 1881 nicht abgeleitet werden und nur in diesem Sinne wird der Art. 1 dieses Gesetzes angerufen, denn der Kläger hat hier nur eine eigene Fahrlässigkeit des Betriebsunternehmers geltend gemacht, dagegen überall nicht behauptet, daß der Unfall durch Verschulden eines Mandatars, Representanten, Leiters oder Aufsehers der Fabrik verursacht worden sei, sodaß die Frage der Haftpflicht aus dem Verschulden dieser dritten Personen von vornherein außer Betracht fällt. — Der Kläger hat sich die

Verletzung dadurch zugezogen, daß er mit der linken Hand auf eine scharfe Kante des in Arbeit befindlichen Kessels (eine sogen. Butze) gefallen ist und nun wird geltend gemacht, daß das damalige Nochvorhandensein der scharfen Kanten am Kessel nur auf eine Fahrlässigkeit des Betriebsunternehmers zurückgeführt werden könne und dafür die Autopsie des Gerichtes, Augenschein und Expertise angerufen. Allein die erste Instanz hat mit Recht bemerkt, daß die Frage, ob eine Fahrlässigkeit vorliege, nicht eine Thatfrage, sondern eine Rechtsfrage sei und daß deßhalb Beweisanerbieten, welche einfach darauf gerichtet sind, daß eine gewisse Handlung oder Unterlassung fahrlässig gewesen sei, nicht berücksichtigt werden können. Der Kläger hätte also die thatsächlichen Verhältnisse ausführen und zum Beweise verstellen sollen, welche allenfalls darzuthun geeignet gewesen wären, daß den Betriebsunternehmer ein Verschulden treffe. Dießfalls wäre vor Allem aus eine Darlegung der einzelnen Stadien nothwendig gewesen, in denen sich eine richtige Kesselfabrikation bewegt und im Anschlusse daran hätte dann gezeigt werden sollen, daß und inwiefern im vorliegenden Falle vom normalen Verfahren abgewichen worden sei bezw. daß das Vorhandensein jener scharfen Kanten am Unfallstage etwas Außergewöhnliches und Inkorrektes gewesen sei. Selbst diese Klagebegründung hätte aber noch nicht genügt, sondern der Kläger hätte im Weitern noch diejenigen Verhältnisse namhaft machen müssen, aus denen er den Schluß ziehen zu dürfen glaubt, daß eine allfällige Inkorrektheit bei sorgfältiger Erfüllung der dem Betriebsunternehmer obliegenden Pflichten nicht begegnet wäre, denn disser Schluß versteht sich durchaus nicht von selbst. Der Natur der Sache nach konnte es sich hier nur fragen, ob ein allfälliger Fehler bei der Herstellung des betreffenden Kessels einer nachlässigen Leitung des Fabrikbetriebes im Allgemeinen zuzuschreiben sei, diese Frage kann aber wohl auch der Laie ohne Weiters verneinen, denn es handelt sich hier nicht um die Leitung und Aufsicht über den Betrieb im Allgemeinen, sondern um die Aufsicht über Herstellung einer bestimmten Arbeit und dafür sind in einem so grossen Geschäfte wie das der Beklagten ist, bestimmte Personen angestellt. Hier war offenbar der Kesselschmiedmeister diejenige Person, welche für den richtigen Gang der Arbeit zu sorgen hatte und es hätte deßhalb eine Haftpflicht der Beklagten auf Grund von Art. 1 des Gesetzes wohl höchstens aus der Verantwortlichkeit des Betriebsunternehmers für das Verschulden gewisser dritter Personen abgeleitet werden können, allein diesen Standpunkt nimmt die Klage nicht ein.

3. Die Haftpflicht der Beklagten folgt nun aber aus dem Art. 2 des mehrerwähnten Spezialgesetzes d. h. ex lege, was sich ohne Weiters daraus ergibt, daß der Kläger in den Räumlichkeiten der beklagtischen Fabrik und durch den Betrieb derselben verletzt worden ist in Verbindung mit der Thatsache, daß beklagterseits keiner der hier genannten Befreiungsgründe geltend gemacht wird. Die Geltendmachung dieses einzigen Haftpflichtgrundes Seitens des Klägers hätte denn auch vollständig genügt, weil die Maximalklausel des Art. 6 Angesichts des Umstandes, daß nie behauptet worden ist, es qualificire sich das dem Betriebsunternehmer zur Last fallende Verschulden als eine strafrechtlich verfolgbare Handlung, ja doch berücksichtigt werden mußte.

4. Die Beklagte macht unter Anrufung von Art. 5 lit. a des Haftpflichtgesetzes geltend, daß die Haftpflicht angemessen reducirt werden müsse, weil die Verletzung aus Zufall eingetreten sei, allein diese Einwendung ist schon erstinstanzlich mit Recht verworfen worden. Die Verhältnisse sind zu wenig klar gelegt, als daß der Richter mit Ueberzeugung sagen könnte, die Ursache der Verletzung liege in einem reinen Zufall. Daß ein eigenes Verschulden des Betriebsunternehmers nicht nachgewiesen ist und Selbstverschulden des Verletzten nicht geltend gemacht wird, beweist den Zufall noch keineswegs. Es ist namentlich nicht ausgeschlossen, daß den Kesselschmiedmeister ein gewisses, wenn auch vielleicht nicht grosses Verschulden trifft, für welches der Betriesunternehmer unbedingt aufzukommen hat. Die Verhältnisse hätten vollständiger aufgeklärt werden können und da dieß auch

Seitens der Beklagten nicht geschehen ist, so kann sie vom Richter nicht verlangen, daß er einen reinen Zufall als Ursache der Verletzung betrachte.

5. Was die Ersatzansprüche selbst betrifft, so kommt im Prozesse nur in Frage der Schaden, den Kläger in Folge theilweiser dauernder Erwerbsunfähigkeit erlitten haben will. Der Eintritt einer Beeinträchtigung der bisherigen Erwerbsfähigkeit des Klägers wird aber bestritten und eventuell geltend gemacht:

a. daß sich derselbe eine Zeit lang der ärztlichen Behandlung in ungehöriger Weise entzogen und dadurch die Sache verschlimmert habe, — und

b. daß eine allfällig vorhandene Verminderung der Arbeitsfähigkeit durch Amputation des steif gewordenen Fingers beseitigt werden könne und daß Kläger verpflichtet sei, diese durchaus ungefährliche Operation vornehmen zu lassen, ansonst er sich den Einwand gefallen lassen müsse, daß die gegenwärtig bestehende Beeinträchtigung seiner Arbeitsfähigkeit mit der Verletzung nicht im Kausalzusammenhang stehe.

6. Was nun zunächst diese beiden letztern Einwendungen betrifft, so erscheinen sie als unbegründet. Die Behauptung, daß Kläger sich der ärztlichen Behandlung eine Zeit lang entzogen und dadurch die Sache verschlimmert habe, ist in dieser Allgemeinheit und Unbestimmtheit unerheblich. Von Bedeutung wäre nur gewesen, wenn hätte geltend gemacht werden können, daß bei *sofortiger* Inanspruchnahme der ärztlichen Behandlung die Steifheit des Fingers nicht eingetreten wäre, dieß behauptet man aber gar nicht. Sodann hätte angegeben werden müssen, wie lange Kläger ohne ärztliche Hülfe gewesen sei und wäre eine Ausführung darüber nothwendig gewesen, daß und warum ein allfälliges Zuwarten auf eine Fahrlässigkeit des Klägers zurückgeführt werden müsse. Uebergehend auf den zweiten Standpunkt ist zu sagen, daß der Verletzte nur verpflichtet ist, Alles dasjenige zu thun, was erforderlich ist, um wo möglich vollständige Heilung herbeizuführen, daß er sich also dem Heilungsprozeß, wie ihn die ärztliche Wissenschaft vorschreibt, zu unterziehen hat. Dagegen kann nicht zugegeben werden, daß sich derselbe Operationen unterwerfen müsse, welche überall nicht der Heilung dienen, sondern einen über diese hinausgehenden Zweck verfolgen, Operationen, die nicht die Wiederherstellung der Gesundheit, sondern nachdem diese, soweit überhaupt möglich, eingetreten ist, eine Erhöhung der Arbeitsfähigkeit durch Amputation eines invalid gewordenen Gliedes zum Gegenstand haben.

6. Das Bezirksgericht hat die Maximalklausel des Art. 6 mit Unrecht proportional angewendet. Dafür ist einfach zu verweisen auf die dießseitige Entscheidung vom 4. November 1884 i. S. Meier gegen Finsler, abgedruckt in den Blättern für handelsrechtliche Entscheidungen Bd. III pag. 359 Erwägung 6 und auf ein Urtheil des Bundesgerichtes A. S. S. 355 und folgd. Die Beklagte hat also dem Kläger den gesammten Schaden zu ersetzen, jedoch nicht mehr als 6000 Fr. und nicht mehr, als der 6fache Jahresverdienst desselben beträgt.

7. Der Kläger hat sich dafür, daß die Steifheit des kleinen Fingers seiner linken Hand eine Beeinträchtigung seiner Erwerbsfähigkeit zur Folge habe, auf ärztliche Expertise berufen und das nämliche Beweismittel ist von der Beklagten für das Gegentheil namhaft gemacht worden. Allein das richterliche Ermessen genügt hier vollständig. Es ist gar nicht einzusehen, wie so ein Arzt besser in der Lage sein soll, sich ein richtiges Urtheil darüber zu bilden, ob und wiefern ein 15jähriger Knabe, der noch gar keinen Beruf erlernt hat, durch die Steifheit des kleinen Fingers der linken Hand in seiner Erwerbsfähigkeit beeinträchtigt wird. Nun muß nach dem Ermessen des Gerichtes allerdings eine gewisse dauernde Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit angenommen werden, denn mag der Kläger nun einen gewissen Beruf erlernen oder Taglöhner bezw. Handlanger in einer Fabrik oder einem andern Gewerbe bleiben, so wird er gegenüber einem körperlich vollkommen gesunden Arbeiter immerhin in etwelchem Nachtheil sein. Der letztere wird ihm vorgezogen, sein Lohnanspruch unter Verweisung auf den invalid gewordenen Finger reduzirt werden etc. Groß kann indessen allerdings die Reduktion der Erwerbsfähigkeit nicht sein. In einem Falle, in dem ein Gießer sich am Daumenfinger der linken Hand so verletzte, daß dieser Finger steif wurde, konstatirte die erhobene Expertise einen dauernden Minderverdienst von 7 % (siehe handelsrechtliche Entscheidungen Bd. III., Jahrgang 1884 Seite 74). Im vorliegenden Falle, wo es sich nur um den kleinen Finger der linken Hand handelt,

dürfte die Annahme einer Reduktion der Erwerbsfähigkeit um etwa 5 % vollständig genügen. Der bisherige Lohn des Klägers war 75 Rp. per Tag, er hat zwar behauptet, daß ihm 1 Fr. 10 Rp. bezahlt worden seien, allein diese Behauptung ist bestritten und nicht zum Beweise verstellt worden, sodaß sich der Richter an den beklagterseits anerkannten Betrag von 75 Rp. halten muß. Bis ungefähr zum zwanzigsten Altersjahr des Klägers würde dieser Lohnansatz auch ohne den Unfall kaum eine wesentliche Steigerung erfahren haben, dagegen darf angenommen werden, daß Kläger von da an bei voller Arbeitsfähigkeit den vollen Lohn eines erwachsenen Arbeiters bezogen hätte und daß dieser mit 3 Fr. per Tag zu hoch bemessen sei, ist beklagterseits nicht behauptet worden und übrigens entspricht der Ansatz auch den Verhältnissen. Der Schadensberechnung muß demnach bezüglich der Zeit vom 20. Altersjahr an, ein täglicher Lohn von 3 Fr. zu Grunde gelegt werden (siehe auch den klägerischerseits citirten Entscheid des Bundesgerichtes in Sachen Ballmer ca. Stöcklin, Band XII. der Entscheidungen S. 602 Erwägung 3). Hienach hätte der Kläger bei völliger Arbeitsfähigkeit jährlich 900 Fr. verdient, eine Reduktion von 5 % bringt ihm demnach eine jährliche Einbuße von 45 Fr., was einem Rentenkapital von rund 900 Fr. gleichkommt. Rechnet man hiezu den Schadensbetrag vom 15. bis 20. Jahr mit rund 50 Fr., so steigt der ganze Schaden auf 950 Fr. Nun ist aber zu berücksichtigen, daß sich Kläger bei der Zusprechung einer Capitalsumme, die ihm sofort bezahlt werden muß, bedeutend besser stellt als ohne den Unfall. In Würdigung dieses Umstandes und der Thatsache, daß der angenommene Einkommensausfall vielleicht eher etwas zu reichlich bemessen ist, rechtfertigt es sich und erscheint es der Gesammtheit der Verhältnisse entsprechend, wenn eine Aversalschadenssumme von 800 Fr. angenommen wird.

8. In Anwendung des Schlußsatzes von § 272 des Prozeßgesetzes sind die Kosten beider Instanzen der Beklagten aufzulegen, dagegen würde es sich Angesichts der bedeutenden Ueberforderung des Klägers nicht rechtfertigen, demselben noch eine Prozeßentschädigung zuzusprechen.

Schluss.

1. Die Appellation des Klägers ist theilweise begründet und die Beklagte verpflichtet, demselben als Ersatz des Schadens für theilweise dauernde Erwerbsunfähigkeit die Summe von 800 Fr. zu bezahlen; mit seiner Mehrforderung wird Kläger dagegen abgewiesen.
2. Die Kosten beider Instanzen sind der Beklagten aufgelegt, dagegen wird dem Kläger eine Prozeßentschädigung nicht zugesprochen.
3. Mittheilung.

Genugthuungsklage

einer Kollektivgesellschaft aus dem Titel ernstlicher Verletzung der persönlichen Verhältnisse durch unerlaubte Handlung. (Art. 55 des O.-R.)

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 24. März 1888.

Der gegenwärtig in Winterthur niedergelassene Schuhfabrikant J. Jordan war früher Inhaber eines Schuhgeschäftes in Tuttlingen (Württemberg). Am 15. Juli 1886 verkaufte er dasselbe an die Kollektivgesellschaft Zebert und Honer, die sich eigens zum Zwecke der Uebernahme und Weiterbetreibung des Geschäftes gegründet hatte und deren solidare Anteilhaber Friedrich Zebert, *der damalige Geschäftsführer des Verkäufers Jordan* und Moritz Honer waren. Die neue Firma scheint dann nachher in Spaichingen eine Schuhfabrik gegründet zu haben. Anfänglich waren die Beziehungen der Kontrahenten freundschaftliche. Das Verhältniß änderte sich aber bald. Es entstanden Differenzen. Jordan verlangte, daß ihm die Firma Zebert und Honer die Hälfte der von ihm anläßlich der Geschäftsübergabe für Geschäftscirculare gemachten Auslagen vergüte; sodann behauptete er, es seien für 20 Mark Brief- und Stempelmarken, welche dem frühern Geschäft gehört, bei der Inventarisation nicht berücksichtigt worden und ihm demnach der betreffende Betrag zu vergüten. An Zebert persönlich machte er eine Forderung von 26 Mark geltend, weil derselbe diesen Betrag vor der Geschäftsabtretung der Kasse entnommen und zu einer in seinem eigenen Jnteresse nach Winterthur gemachten Reise verwendet habe. Ueber diese und noch andere Punkte wurde zwischen Zebert und Honer einer- und Jordan anderseits corre-

spondirt. Schliesslich ließ Zebert einen Brief des Jordan uneröffnet an ihn zurückgehen und dieß veranlaßte den letztern, offene Correspondenzkarten zu schreiben. Die erste datirt vom 26. November 1886 und ist adressirt an „Herrn Zebert und Honer in Spaichingen.“ In derselben wird gesagt, der uneröffnet zurückgesandte Brief habe (außer der Bestellung eines Kunden) die Aufforderung enthalten zum Ausweis über die Hälfte der Circularkosten und der *von Zebert* nicht abgelieferten Brief- und Stempelmarken sowie ferner ein Gesuch um Auskunft darüber, ob die Zahlung einer Frau Pelzer vom 22. Mai 1886 mit Mark 50 im Cassabuch des frühern Geschäftes eingetragen sei und verneinendenfalls um Auskunft *von Herrn Zebert* über das Schicksal dieser 50 Mark. Die 2. Correspondenzkarte trägt den Poststempel vom 1. Dezember 1886 und ist ebenfalls adressirt an die Herrn Zebert und Honer. Sie lautet im Wesentlichen: „Warum so viel Ausflüchte, Sie sollen mittheilen, ob der Frau Pelzer unterm 22./25. Mai Mark 50 und unterm 22. Juni Mark 50 im Cassabuche gutgeschrieben seien oder nicht. Ferner erwarte Specifikation der Rechenbelege über Circularkosten und *von Zebert* Herausvergütung der nicht abgelieferten Brief- und Stempelmarken. Sonst erfolgt Klage. Das Dankbarsein und Gefälligsein wäre Sache des ganz besitzlos zu mir gekommenen *Zebert*, welcher von mir ein Vermögen, ein eingerichtetes Geschäft und ein Betriebskapital dazu empfangen hat. Welche Frechheit braucht es, um statt dessen *von mir* Dankbarkeit zu verlangen und die minimste Auskunft zu verweigern.“ Eine dritte, wiederum an die Herrn Zebert und Honer adressirte Correspondenzkarte vom 9. Dezember 1886 beginnt mit der Bemerkung: „Armuth und Verrücktheit ist keine Schande“ und fährt sodann fort: „Aber eine Schande ist es, wenn ein armer stellenloser Commis bei einem Landsmann Unterstützung sucht und findet, von ihm eine Stelle, dann ein großes Baarvermögen, ein Fabrikgeschäft und das Betriebskapital empfängt und wenn dieser Commis dann noch die Brief- und Stempelmarken entwendet, über Mark 26 Kosten und Mark 50 Baarsendung den Ausweis verweigert und weiteres Geld mit Drohung durch Arbeiterzeitungsartikel erpressen will. Solches Verfahren ict allerdings Schande und Gemeinheit und wird noch gehörig gezüchtigt werden.

Friedrich Zebert hat einen Bruder, Namens Zebert-Altorfer in Aarau. Diesem schrieb Jordan mittelst Correspondenzkarte vom 13. Januar 1887: „Wenn Sie klagen, dann geht es ans Oberamtsgericht *wegen Unterschlagung und Erqressungsversuch*. Wollen sehen, wer gewinnt.“ In einer zweiten Karte vom 19. Januar 1887 an dieselbe Adresse (Zebert-Altorfer in Aarau) führt Jordan aus: „Da auf der ersten Karte (derjenigen vom 13. Januar) kein Name genannt war, so weiß Niemand, wenn ich nöthigenfalls wegen Unterschlagung und Erpreßungsversuch vor ein deutsches Oberamtsgericht ziehe. Daß Sie dieß nicht sind, ist Ihnen und mir bekannt. Eine Klage in hier bringt meine Klage in Deutschland. Hüten Sie den Betreffenden wohl davor!“

Um die gleiche Zeit hatte Jordan beim Stadtschultheißen-Amt Spaichingen sowohl gegen die Firma Zebert und Honer als gegen Friedrich Zebert persönlich Civilklage eingeleitet. Von der erstern verlangte er Ersatz der Hälfte seiner anläßlich der Geschäftsübertragung für Circulare gehabten Auslagen mit 13 Mark und von Zebert allein „Herausgabe der ihm entwendeten Brief-, Post- und Wechselstempel-Marken im Werthe von 20 Mark.“ Beigefügt ist dem letztern Punkte, daß wenn Zebert sich dem Begehren widersetze, wegen Unterschlagung und Erpreßungsversuch beim Oberamtsgericht gegen ihn vorgegangen werde.

Kurz darauf schrieb Jordan endlich eine Correspondenzkarte an das Schultheißenamt Spaichingen dahin gehend: „Da ich die gemeine Knauserei der Beklagten kenne, so bitte nochmals zu eröffnen, daß wenn Mitte Januar nicht 13 Mark für Circulare und 20 Mark für entwendete Marken an mich gelangen, ich sodann wegen Unterschlagung und Erpreßungsversuch ans Oberamtsgericht gelange. Mit gemeinen Leuten kann man nicht spassen.“

Am 9. Februar 1887 erhoben Friedrich Zebert und Moritz Honer in Spaichingen sowie Zebert-Altorfer in Aarau beim Bezirksgericht Winterthur gegen Jordan Klage auf Ehrverletzung, begangen durch verschiedene Briefe und die oben angeführten Postkarten. Soweit sich die Klage auf den Inhalt verschlossener Briefe stützte, wurde indeß deren Anhandnahme von vornherein verweigert, weil der Begehungsort der eingeklagten Handlungen außerhalb des Kantons Zürich, näm-

lich am Wohnort der Adressaten liege und somit das allfällig vorhandene Vergehen dem zürcherischen Strafrecht nicht unterliege (§ 3 des St. G. B.) Soweit dagegen die Klage auf den Inhalt der offenen Postkarten begründet wurde, erfolgte einstweilige Zulaßung derselben (siehe handelsrechtliche Entscheidungen Bd. VI. S. 204 und 205)

Am 11. April 1887 schrieb Jordan, wiederum mittelst Postkarte an den Schwiegervater des Zebert, Messerschmied Stängelin in Tuttlingen: Das Bezirksgericht habe die erste Verhandlung der Klage seines Tochtermannes auf den 18. April verschoben, in der Meinung, ihm und den zwei Andern Zeit zu lassen, die Sache in Güte abzumachen und die Klagen zurückzuziehen. Wenn dieß bis nächsten Donnerstag nicht erfolge, so müsse er (Jordan) seine Klage gegen den Tochtermann bei der Staatsanwaltschaft in Rottweil einreichen; beigefügt ist: „Letzte Warnung". Dieser Drohung gab Jordan Folge, denn mit Zuschrift vom 17. April 1887 an die Staatsanwaltschaft zu Rottweil erhob er in der That gegen Friedrich Zebert Strafklage wegen angeblicher Unterschlagung und Erpreßungsversuch. Die Unterschlagungsklage bezieht sich auf die Post- und Stempelmarken und von Erpressungsversuch wird in ziemlich unklarer Weise in drei Richtungen gesprochen. Zebert soll in drei verschiedenen Malen versucht haben, ihm 1500 Mark, dann 3000 M. und endlich 500 Mark abzupressen. Mit Beschluß vom 15. Juni 1887 wurde indessen diese Strafklage „mangelnden Thatbestandes halber" unter Uebernahme der Kosten auf die Königliche Staatskasse sistirt.

Mit Urtheil vom 19. August 1887 wies das Bezirksgericht Winterthur die Ehrverletzungsklage des Zebert-Altorfer in Aarau ab, erklärte dagegen den Beklagten Jordan gegenüber Friedrich Zebert und Moritz Honer in Spaichingen der Beschimpfung, begangen mittelst der angeführten Postkarten schuldig und legte ihm eine Geldbuße von 80 Fr. auf. Die Schadenersatzansprüche der Kläger wurden dagegen auf den Civilweg verwiesen. Jordan appellirte und wurde denn auch durch zweitinstanzliches Urtheil vom 22. September 1887 in der That freigesprochen, jedoch nur auf Grund der Erwägung, daß auch bei Ehrverletzungen, verübt mittelst Postkarten, der Empfangsort als Begehungsort angesehen werden müsse, das eingeklagte Vergehen demnach im Auslande verübt worden und somit der hießige Richter zu dessen Verfolgung nicht competent sei. Dessenungeachtet sind aber die Kosten beider Instanzen dem Jordan aufgelegt worden, weil er durch sein maßloses Gebahren die Klage veranlaßt habe und der Irrthum der Kläger über die Competenz der hiesigen Gerichte verzeihlich erscheine (siehe handelsrechtliche Entscheidungen Bd. VI. Seite 330.)

Zebert und Honer brachten nun ihre Ehrverletzungsklage (wie wenigstens behauptet wird) bei den Gerichten ihres Wohnortes an, dort sollen sie aber mit der Begründung abgewiesen worden sein, daß nur die zürcherischen Gerichte zuständig wären.

Ueber die zweitinstanzlichen Verhandlungen des Ehrverletzungsprozesses erschien im Winterthurer Landbote ein Referat und dieß gab dem Jordan Veranlassung zu einer Erwiderung in den Winterthurer Nachrichten vom 24. September 1887. Er meint hier, der betreffende Artikel hätte den obergerichtlichen Entscheid über den von ihm gewonnenen Prozeß gegen die *Brüder Zebert* wohl berichten können, ohne ihn zu beschmutzen. Seine geistig abnorme Beanlagung, von welcher der Artikel spreche, könne einzig darin bestehen, daß er den Muth habe, schlechte Kerls und schlechte Handlungen bei ihrem richtigen Namen zu nennen. Wer sich übrigens dafür interessire, was und wie viel tausende von Franken er geopfert, um aus dem armen, stellenlosen Commis Zebert einen Fabrikherrn zu machen und auf welche schnöde Art und Weise ihm dieser dafür zu danken bestrebt gewesen sei, der möge auf seinem Comptoir diese ganze schmutzige Wäsche einsehen etc.

Wie behauptet, aber von Jordan bestritten wird, soll er mehr als 100 Exemplare der betreffenden Nummer der Winterthurer Nachrichten nach Spaichingen und Tuttlingen an Beamte und Privatpersonen geschickt haben.

Nach allen den angeführten Irrgängen auf dem Gebiete des Strafprozesses betraten nun Zebert und Honer endlich den Civilweg. In der bezüglichen, vom 8. November 1887 datirten, ans Bezirksgericht Winterthur gerichteten Weisung sind aber nicht sie persönlich als Kläger aufgeführt, sondern es figurirt hier als Klagepartei gegenüber Jordan als Beklagten *die Firma Zebert und Honer* mit einem Forderungsanspruch von 1500 Frkn. In der Hauptverhandlung wurde erklärt, die Klage werde nicht als Schadenersatzklage aus dem Art. 50 des O.-R., sondern als reine Genug-

thuungsklage aus dem Art. 55 des O.-R. gestellt und in thatsächlicher Beziehung auf die genannten Correspondenzkarten und den Artikel in den Winterthurer Nachrichten gestützt. Die Art, wie Klägerin angefochten worden sei, habe in deren Heimat bei den Behörden und übrigen Einwohnern allgemeines Aufsehen erregt und sei dem Kredit der Firma sehr nachtheilig gewesen.

Die Klage wurde von beiden Instanzen abgewiesen.

Gründe:

1. Wenn auch die Korrespondenzkarten vom 26. November, 1. und 9. Dezember 1886 an die Herren Zebert und Honer adressirt sind, so geht aus dem Inhalte derselben doch deutlich hervor, daß soweit der Vorwurf der Unterschlagung bezw. des Diebstahls und des Erpressungsversuches in denselben enthalten ist, derselbe nicht der Firma, sondern dem Zebert gegenüber gemacht ist. Ebenso ist in der Correspondenzkarte an Stängelin vom 11. April 1887 ausdrücklich gesagt, daß er, Jordan *gegen Zebert* Klage bei der Staatsanwaltschaft erhebe und endlich ist auch in dem Inserat der „Winterthurer Nachrichten" nur von Gebrüder Zebert und von Fritz Jebert, nicht aber auch von Honer oder gar von der Firma Zebert und Honer die Rede. In den Correspondenzkarten an Zebert-Altorfer in Aarau ist überhaupt kein Name genannt, sodaß Dritte nicht wußten, gegen wenn geklagt werden wolle und für den Adressaten selbst war es klar, daß die Klage gegen Fritz Zebert eingereicht werden wolle. Anders verhält es sich mit der Correspondenzkarte an das Schultheißenamt Spaichingen, denn hier wird von gemeiner Knauserei der Klägerin gesprochen und Herausgabe der entwendeten Stempelmarken verlangt. Wenn nun aber auch angenommen wird, daß der Inhalt dieser Karte sich wirklich gegen die Firma richte, dieser also der Vorwurf des Markendiebstahls gemacht werde, beziehungsweise daß der Empfänger der Karte habe annehmen müssen, es gelte dieser Vorwurf der Firma, so geht aus dieser Thatsache noch keineswegs hervor, daß die persönlichen Verhältnisse der Firma ernstlich verletzt worden seien, und es sind von der Klägerin weder Thatsachen hiefür angeführt, noch Beweis für die ernstliche Verletzung ihrer persönlichen Verhältnisse überhaupt anerboten worden.

2. Es ist für die Klage aus dem Art. 55 des O.-R. unerheblich, daß in Folge der Verletzung rein persönlicher Verhältnisse des Friedrich Zebert, welche diesen möglicherweise zu einer solchen Klage berechtigen, auch die persönlichen Verhältnisse der Kollectivgesellschaft Zebert und Honer, welche allein als Klägerin im Prozesse auftritt, verletzt worden sein mögen; denn es muß bei dieser Klage ein *direkter* Kausalzusammenhang zwischen dem objektiven Erfolge der Verletzung persönlicher Verhältnisse und dem Verschulden des Beklagten bestehen. Die gegentheilige Ansicht hätte nämlich die eigenthümliche Folge, daß überall da, wo durch Verletzung persönlicher Verhältnisse einer bestimmten Person auch solche Verhältnisse *Dritter,* wie z. B. der nächsten Verwandten oder, wie hier, einer juristischen Person, zu welcher der Verletzte in nahen Beziehungen steht, in Mitleidenschaft gezogen werden, diesen Dritten ebenfalls und zwar selbst gegen den Willen des direkt Verletzten Klagen aus Art. 55 gegeben werden müßten. Dieß widerspräche aber dem Sinn und Geist des Gesetzes, denn dieses betrachtet offenbar die stattgefundene, keinen vermögensrechtlichen Schaden nach sich ziehende Rechtsverletzung als durch die dem direkt Verletzten zu bezahlende Genugthuungssumme gesühnt und damit die Klage als consumirt.

3. Nach diesen Ausführungen muß die Klage der Kollectivgesellschaft Zebert und Honer als solcher abgewiesen werden, weil eine *direkte* Verletzung ihrer persönlichen Verhältnisse nicht vorliegt und die *in*direkte Verletzung derselben, wie sie allenfalls durch die persönlichen Angriffe gegen Fritz Zebert bewirkt worden sein kann, nur einen Anspruch auf Schadenersatz, nicht aber auf reine Genugthuung im Sinne von Art. 55 des O.-R. begründen kann.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. Mai 1888. VII. Band. № 8.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Bürgschaft

für einen Geschäftsreisenden bezüglich des Schadens, den derselbe seinem Prinzipalen durch Unterschlagung von Inkassobeträgen zufügen sollte.

Bestimmung des Bürgschaftsvertrages, daß der Gläubiger dem Bürgen von einem allfälligen Deficit rechtzeitig und privatim Kenntniss geben soll. Bedeutung und rechtliche Tragweite dieser Bestimmung.

Annahme eines neuen Bürgen durch den Gläubiger nach dem Tode des ersten und daraus abgeleitete Einrede der Befreiung Seitens der Erben des letztern.

Controllpflicht des Gläubigers. Umfang derselben.

(Obergericht Zürich, Appellationskammer, 25. Februar 1888.

Heinrich Weber zum Thalgarten in Wald, Inhaber eines Tuch-Manufakturwaaren- und Confectionsgeschäftes daselbst stellte mit Dienstvertrag vom 1. Juni 1881 den Heinrich Lehmann von Meilen als Geschäftsreisenden mit Inkassobefugniß an. Mit Rücksicht auf die letztere wurde bestimmt, daß Lehmann „für die anzuvertrauenden Gelder" eine solide Bürgschaft bis auf 2000 Frkn. beizubringen habe. Diese Bürgschaft übernahm sein Vater mit Bürgschein vom 8. Juni 1881. Am Schlusse dieser Urkunde heißt es: „Im Falle eines Deficits ist jedoch Weber verpflichtet, den Bürgen rechtzeitig privatim hievon in Kenntniß zu setzen". Am 1. November 1885 starb der Bürge, Vater Lehmann, und wurde von seinem Sohne Johannes Lehmann, dem Bruder des Geschäftsreisenden Heinrich Lehmann, da derselbe sowohl diesen als seine übrigen Geschwister ausgekauft hatte, allein beerbt, auf ihn ging demnach auch die Bürgschaftsverpflichtung zu Gunsten des Weber über.

Etwas mehr als ein Jahr später, nämlich am 22. November 1886 ließ sich Weber von dem Schwiegervater seines Reisenden, Namens Hasler, auf dem Bürgschein des verstorbenen Vaters Lehmann folgende Erklärung ausstellen und unterzeichnen:

„In Folge Hinschiedes oben Unterzeichneten verpflichtet sich Unterzeichneter, für alle obigen Bedingungen zu haften." Hasler.

Am 20. Dezember 1886 entließ Weber seinen Angestellten, weil er nachlässig geworden war und als er dann im Februar 1887 verschiedene Kunden an die Zahlung

älterer Facturabeträge, die nach den Büchern noch ausstanden, erinnerte, kam die Antwort, daß betreffende Posten schon längst an den Reisenden bezahlt worden seien und in der That hatte dieser dieselben unterschlagen. Sofort (es war in diesem Zeitpunkte ein Defizit von ca. 450 Fr. festgestellt) benachrichtigte Weber die Ehefrau des entlassenen ungetreuen Angestellten vom Sachverhalt und diese kam zu ihm und verpflichtete sich mittelst Bürgschein vom 2. März zur Deckung des bereits festgestellten und des allfällig sich weiter ergebenden Defizits. Den Bürgschein gab ihr indeß Weber mit nach Hause, um ihre Unterschrift durch den Gemeindammann des Wohnorts beglaubigen zu lassen, allein dieß unterließ nun die Frau Lehmann und sie schickte auch den Bürgschein sonst nicht zurück, sondern schrieb dem Herrn Weber am 5. März, ihre Unterschrift habe mit Rücksicht darauf, daß sie unter ehelicher Vormundschaft stehe, keine Gültigkeit (siehe § 146 des P.-R. G.-B.). Laut den Büchern Webers stunden auch zwei kleine Facturabeträge von 15 Fr. 50 auf den Bruder des ungetreuen Angestellten, den schon oben genannten Johannes Lehmann und von 25 Fr. 90 Cts. auf dessen Mutter, Wittwe Lehmann, offen. Diese beiden Personen erhielten deßhalb am 2. März 1887 von Weber je ein Memorandum dahin gehend, sie möchten die Beträge gütigst berichtigen. Beigefügt war die Entschuldigung, daß geschehene Unregelmäßigkeiten des entlassenen Reisenden ihn zu diesem Gesuche veranlassen. Mit Brief vom 3. März antwortete darauf Johannes Lehmann, daß die 25 Fr. 90 schon am 6. April 1886 und die 15 Fr. 50 am 21. August 1886 an den Reisenden Heinrich Lehmann bezahlt worden seien. Ich will nicht hoffen, — wird sodann fortgefahren, — daß solche Unregelmäßigkeiten von Seite meines Bruders bedeutend sind und wird es mir angenehm sein, Ihre gefälligen Mittheilungen hierüber, wenn Sie mit der Sachlage genau bekannt sind, zu erhalten."

Weitere Zahlungsmahnungen stellten neue, vom Reisenden gemachte, aber nicht abgelieferte Inkassi fest. Die Gesammtsumme erreichte schließlich den Betrag von 1051 Fr. 40 Rp. und davon gab Weber der Frau des Heinrich Lehmann mit Brief vom 14. März unter Beilage der bezüglichen Antwortschreiben seiner Kunden Kenntniß, sie um prompte Regulirung ersuchend, ansonst er sowohl von ihrer eigenen als der Garantieverpflichtung ihres Vaters (Hasler) unverzüglich Gebrauch machen müßte. Die Mahnung blieb erfolglos und Weber wandte sich deßhalb mit Brief vom 31. März an Hasler mit dem Begehren, daß er gemäß seiner Bürgschaftsverpflichtung vom 22. November 1886 zahle, da seine Tochter trotz schriftlicher und mündlicher Haftbarerklärung ihren Verpflichtungen nicht nachkomme. Allein auch Hasler war nicht gewillt zu zahlen. Weber betrieb ihn deßhalb mit Rechtsbot vom 19. April 1887, erhielt aber Rechtsvorschlag, weil bestritten werde, daß seit dem 22. November 1886 (Datum der Bürgschaftsverpflichtung Haslers) überhaupt ein Defizit entstanden sei, seine Bürgschaft sich aber auf die frühere Zeit nicht erstrecke und weil ihm vom Defizit nicht „rechtzeitig" Kenntniß gegeben worden sei etc. Nunmehr wandte sich Weber an einen Anwalt und die Folge war, daß dieser am 29. April 1887 dem Johannes Lehmann die Anzeige machte, er sei als alleiniger Erbe seines am 1. November 1885 verstorbenen Vaters in dessen Bürgschaftsverpflichtung vom 8. Juni 1881 eingetreten und habe nun Kraft derselben das vorhandene Defizit zu decken. Gleichzeitig erhob dieser Vertreter des Weber gegen den entlassenen Reisenden Strafklage auf Unterschlagung und diese führte gestützt auf das Geständniß des Angeklagten zu dessen Verurtheilung. Mit Brief vom 3. Mai 1887 bestritt Johs. Lehmann jede Schuldpflicht, weil der Ansprecher durch die Annahme des Hasler als neuen Bürgen ihn entlassen habe. Daraufhin kam es zum Prozeß. Weber faßte die beiden Bürgen ins Recht, den Johannes Lehmann als Rechtsnachfolger seines Vaters und den Hasler; mit dem letztern verglich er sich dann aber dahin, daß derselbe gegen Verzicht auf jede Mehrforderung 150 Fr. zu zahlen habe. Der Vergleich fußt auf der Annahme, daß Hasler nur für die seit dem 22. November 1886 (Datum seiner Bürgschaftserklärung) vom Reisenden Lehmann

einkassirten und unterschlagenen Posten einzustehen habe. Dem entsprechend wurde dann Johannes Lehmann im Prozeß nur für diejenigen Posten belangt, welche *vor* dem 22. November 1886 einkassirt worden waren.

Der Beklagte stellte der Klage folgende Einreden entgegen:

1. Der Kläger habe die Verpflichtung: „den Bürgen im Falle eines Defizites rechtzeitig privatim hievon in Kenntniß zu setzen", ihm gegenüber nicht erfüllt und sei er deßwegen von der Verpflichtung frei geworden. Mit jener Bestimmung habe man zu verhindern bezweckt, daß allfällige Unterschlagungen in die Oeffentlichkeit gelangen und Lehmann wegen derselben strafrechtlich verfolgt werde. Dieser Zweck sei in Folge des klägerischen Benehmens vereitelt worden, weil Weber dem Beklagten erst am 29. April 1887 Anzeige gemacht und überdem noch am gleichen Tage Strafklage eingeleitet habe.
2. Der Kläger habe die Erben des ursprünglichen Bürgen, Heinrich Lehmann, Vater, dadurch aus der Bürgschaft entlassen, daß er, davon ausgehend, die ursprüngliche Bürgschaft sei durch den Tod des Bürgen überhaupt dahin gefallen, sich durch Hasler in dem Sinne neue Bürgschaft habe geben lassen, daß diese vollständig an die Stelle der frühern treten soll, — und
3. der Kläger habe der ihm, gegenüber seinem Angestellten obliegenden Controllpflicht kein Genüge geleistet und dadurch den Schaden selbst verschuldet.

Beide Instanzen haben diese Einreden verworfen und die Klage in dem reduzirten Umfange, wie sie gestellt worden (bezüglich der *vor* dem 22. November 1886 einkassirten Posten), gutgeheissen.

Gründe:

1. Die Bestimmung des Bürgschaftsvertrages, daß der Gläubiger verpflichtet sei, den Bürgen im Falle eines Defizites rechtzeitig privatim hievon in Kenntniß zu setzen, ist der Bürgschaftsverpflichtung weder als eigentliche Bedingung noch als förmliche Vertragsvoraussetzung beigefügt worden. Davon sagt der Bürgschein nichts. Dieselbe hat vielmehr bloß den Charakter einer selbständigen Zusatzbestimmung zum Bürgschaftsvertrag, vermittelst welcher dem Gläubiger vornehmlich die Verpflichtung überbunden werden wollte, ein allfällig festgestelltes Defizit dem Bürgen unverzüglich bekannt zu geben, ihn von der eingetretenen Gefahr sofort zu benachrichtigen, damit er sowohl gegenüber dem Hauptschuldner, seinem Sohn, als gegenüber dem Gläubiger die zur möglichsten Verhinderung weiterer Gefahr geeignet scheinenden Schritte einleiten, dem erstern Vorstellungen machen, ihn kontrolliren und vielleicht auch den Geschäftsherrn zu einer genauern Kontrolle anhalten könne. Zunächst sollte dann auch die bezügliche Anzeige privatim und nicht etwa amtlich geschehen, offenbar deßwegen, weil man sich sagte, daß ja die Sache unter Umständen friedlich beglichen werden könne und für diesen Fall dem Angestellten Lehmann keine weitern Schwierigkeiten bereitet, sein Kredit durch Publikmachung nicht gefährdet werden soll. Viel zu weit wäre es aber gegangen, wollte man annehmen, daß dem Kläger für alle Fälle die Erhebung einer Strafklage habe verboten werden wollen, namentlich auch für den nun eingetretenen Fall, als seine Ersatzansprüche allseitig zurückgewiesen werden. Bei dieser Auffassung hätte die Verletzung der Verpflichtung zur sofortigen Anzeige eines Defizits durchaus nicht die *gänzliche* Befreiung des Bürgen, sondern nur eine Reduktion seiner Haftpflicht in dem Umfange zur Folge haben können, in welchem der Schaden bei Erfüllung der Verpflichtung voraussichtlich zu vermeiden gewesen wäre. Nun ist aber der Schaden, wie er im Prozesse in Frage kommt, schon im ersten Momente der Entdeckung des Defizits voll und ganz vorhanden gewesen und hätte somit durch eine Anzeige an den Bürgen auch nicht mehr theilweise vermieden werden können, weßhalb die Nichtanzeige, wollte man eine solche annehmen, für den Prozeß bedeutungslos wäre. Dazu kommt, daß der heutige Beklagte schon durch die Zahlungsmahnung des Klägers vom 2. März 1887 die Existenz eines Defizites erfahren hat. Wenn

er auch der Meinung sein konnte und mochte, daß dasselbe nur sehr unbedeutend sei, so wäre doch alle Veranlassung vorgelegen, sich des Nähern um die Sache zu bekümmern und hätte er das gethan und den Willen gezeigt, seiner Verpflichtung nachzukommen, so wäre offenbar auch gar keine Strafklage eingeleitet worden. Der Brief vom 2. März war auch eine *private* Anzeige und wenn er auch nicht geschrieben worden ist, um den Beklagten als Bürgen vom Eintritt des Defizites in Kenntniß zu setzen, so hat der letztere vom Defizite dadurch doch Kenntniß erhalten und war damit der Zweck, den die Schlußbestimmung des Bürgscheins im Auge hat, erreicht, darin aber allein liegt das Entscheidende, weil daran nicht zu zweifeln ist, daß der Beklagte seine Eigenschaft als Bürge auch schon damals kannte. Sein Bruder selbst, dessen Frau und Hasler müssen ihn davon verständigt haben und wenn er dennoch passiv blieb, so liegt der Grund offenbar in der Betrachtung, daß wenn er sich in die Sache mische, sein Standpunkt, die Annahme des Bürgen Hasler habe gleichzeitig seine Entlassung zur Folge gehabt, gefährdet werden dürfte. Endlich ist zu betonen, daß wenn der Beklagte auch nur auf die Anzeige vom 29. April Miene gemacht hätte, seine Verpflichtung anzuerkennen und zu erfüllen, Kläger wohl den Strafantrag zurückgezogen hätte und Lehmann dannzumal nicht nur nicht bestraft, sondern der Fall auch nicht an die Oeffentlichkeit gelangt wäre.

2. Was die Einrede der Entlassung des Beklagten aus dem Bürgschaftsvertrag betrifft, so scheinen die Akten allerdings darauf hinzudeuten, daß Kläger der irrthümlichen Ansicht war, es sei die Bürgschaftsverpflichtung des Vaters Leemann durch dessen Tod überhaupt dahingefallen, allein es wäre gewiß falsch, daraus auf das Vorhandensein des Verzichtswillens gegenüber dem Beklagten zu schliessen. Jene irrthümliche Annahme, wenn sie überhaupt vorhanden war, beweist vielmehr eher das Gegentheil, denn wenn Kläger glaubte, der Bürgschaftsvertrag mit dem Vater Lehmann sei in Folge seines Todes einfach dahin gefallen, also ein verpflichtetes Subjekt überhaupt nicht mehr vorhanden, so konnte er unmöglich den Willen haben, dieses seiner Verpflichtung zu entlassen, weil derjenige, dem keine Verpflichtung obliegt, auch nicht aus derselben entlassen werden kann. Eventuell würde dieser Verzichtswille nicht genügen, sondern wäre dessen Erklärung gegenüber dem Beklagten nothwendig gewesen, um für den Kläger verbindlich zu werden, einen die Befreiung des bisherigen Bürgen herbeiführenden Verzichtsvertrag zu begründen; eine solche Willenserklärung aber ist nie erfolgt. Daß das ausdrücklich geschehen sei, hat der Beklagte gar nie behauptet, und die sogenannten concludenten Handlungen, von denen er spricht, sind nicht ihm, sondern der Ehefrau des entlassenen Angestellten und ihrem Vater gegenüber vorgenommen worden, was deßwegen ohne alle rechtliche Bedeutung ist, weil keinerlei Anhaltspunkte zu der Annahme berechtigen, daß diese Personen die Stellvertreter des Beklagten gewesen seien.

3. Das Bezirksgericht hat nun aber auch ferner mit Recht angenommen, daß die Annahme des Hasler als neuen Bürgen den Willen des Klägers, den Beklagten aus seiner Verpflichtung für die Zeit bis zum 22. November 1886 zu entlassen, nicht genügend dokumentire. Eine derartige Schlußfolgerung wäre sogar dann nicht über allen Zweifel erhaben, wenn feststünde, daß Hasler sich nicht bloß für die Zukunft, sondern auch für die Vergangenheit habe verpflichten wollen, denn selbst in diesem Falle käme immer noch in Frage, ob er nicht einfach cummulativ neben den bisherigen Bürgen treten sollte. Vollständig unzutreffend ist sie aber gewiß, wenn davon ausgegangen werden muß, daß Hasler sich nur für die Zukunft verpflichten wollte und dieß ist der Fall. Die hier in Frage kommende Bürgschaft hat, wie die Amtsbürgschaft, nicht die intercessionsweise Uebernahme einer bereits bestehenden bestimmt begrenzten Schuldverpflichtung zum Gegenstand, wie das bei der gewöhnlichen Bürgschaft der Fall ist, sondern vielmehr bloß die Deckung eines möglicherweise in Zukunft entstehenden Schadens, dessen Nichteintritt allseitig gehofft und erwartet wird. Diese Betrachtung aber muß zu dem Schlusse führen,

daß überall, wo nicht der Wille, auch für die Vergangenheit zu haften, ausdrücklich erklärt wird, nur Haftung für die Zukunft angenommen werden kann und darf. Allerdings wird der Amts- wie der Dienstbürge davon ausgehen, daß die bisherige Geschäftsführung des Beamteten bezw. Privatangestellten noch keinen Schaden verursacht habe und insofern könnte er sich am Ende auch für die Vergangenheit verpflichten, allein das hätte, von jener Annahme ausgehend, keinen Sinn, denn wo kein Schaden vorhanden ist, beziehungsweise als nicht vorhanden betrachtet wird, fehlt naturgemäß auch jede Veranlassung zur Bürgschaft. Objektiv kann die Sache freilich ganz anders liegen, wie gerade der vorliegende Fall zeigt, allein wenn der Gläubiger das weiß, so wird er demjenigen, den er als Bürgen gewinnen möchte, davon nichts sagen, weil er sonst ganz sicher ist, die Antwort zu erhalten, daß unter solchen Umständen jede Verpflichtung abgelehnt werden müsse. Weiß er es aber nicht, ist also wie der dritte, der ihm bürgen soll, im Glauben, daß die bisherige Amts- oder Geschäftsführung eine tadellose gewesen sei, so wird er die Bürgschaftsverpflichtung Mangels jeglicher Veranlassung nicht für die Vergangenheit verlangen. Auch auf die bloße Möglichkeit eines schon bestehenden Schadens wird er nicht abstellen, weil die Antwort gewiß nur die wäre, daß sobald Verdacht gehegt werde, vorerst eine Untersuchung stattfinden solle. Gewiß können zwar diese Ausführungen Ausnahmen erleiden, allein sie müssen ebenso sicher zu dem Satze führen, daß die Ausnahmen nur da angenommen werden dürfen, wo besondere Momente darauf hinweisen. Beim Mangel solcher erscheint es als das einzig Richtige, daß man gemäß der Natur und dem Charakter der Amts- und Dienstbürgschaft, für einen möglicherweise erst eintretenden Schaden aufkommen zu wollen, davon ausgeht, es habe sich ein in der Zwischenzeit eintretender Bürge nur für die Zukunft verpflichten wollen. Momente, die eine Ausnahme begründen würden, liegen in concreto nicht vor, denn die Einleitung der zweiten Bürgschaftserklärung mit den Worten: „*In Folge Hinschiedes* oben Unterzeichneten“ beweist bloß, daß der Tod des ersten Bürgen die Veranlassung zur Gewinnung eines zweiten gebildet hat und dieser zweite für die Zukunft an die Stelle des ersten treten sollte, nicht aber auch, daß man es für nöthig erachtet habe, die Bürgschaft ebenfalls auf die bereits abgelaufene Dienstzeit auszudehnen, (siehe übrigens Urtheil der Appellationskammer vom 28. Dezember 1881 i. S. Scheller-Ball ca. Fiskus, Handelsrechtliche Entscheidungen Bd. I. pag. 45 Erwägung 7). Ueberdem wäre auch hier zu sagen, daß der allfällig in der Annahme eines zweiten Bürgen dokumentirte Wille, den frühern Bürgen gänzlich zu entlassen, Mangels seiner Erklärung gegenüber dem Letztern oder einem Stellvertreter desselben nicht wirksam geworden wäre.

4. Ebenso unbegründet ist schließlich die Einrede der Befreiung des Beklagten wegen angeblich mangelhafter Ausübung der dem Kläger obgelegenen Kontrollpflicht. Eine der Stellung des Angestellten und seinen dienstlichen Verrichtungen entsprechende Kontrollpflicht liegt zwar allerdings dem Geschäftsherrn gegenüber dem Bürgen ob. Es muß dieß bei der Dienstbürgschaft wie bei der Amtsbürgschaft als Vertragsmeinung angesehen d. h. davon ausgegangen werden, daß sich der Bürge nur für den Ersatz desjenigen Schadens habe verpflichten wollen, welchen der Geschäftsherr trotz Anwendung der entweder durch gesetzliche Vorschriften oder durch den Anstellungsvertrag vorgeschriebenen oder endlich auch nur durch die Natur des Anstellungsverhältnisses und die Art der Dienstverrichtungen bedingten Kontrolle erleiden sollte (vergleiche Rechenschaftsbericht des Obergerichtes vom Jahre 1880 No. 39 und Urtheil der Appellationskammer i. S. Stadt Zürich gegen Amtsbürgen Boßhardt, abgedruckt in den Blättern für handelsrechtliche Entscheidungen Bd. VI pag. 354). Allein der Kläger hat im vorliegenden Falle das gethan, was man billigerweise von ihm verlangen konnte. Er hat seinen Reisenden jeweilen nach der Rückkehr von einer Geschäftstour veranlaßt, die einkassirten Gelder abzuliefern. Eine intensivere, jeden bedeutenden Schaden von vornherein aus-

schliessende Kontrolle wäre nur dadurch möglich gewesen, daß der Prinzipal nach Vollendung jeder Geschäftsreise sämmtliche im besuchten Rayon wohnhaften Kunden, die laut den Büchern und der Abrechnung mit dem Reisenden noch ausstehende Fakturabeträge schuldeten, zur Zahlung aufgefordert hätte. Allein eine derartige Kontrolle ist nicht nur nicht übungsgemäß, sondern sie verträgt sich auch mit den Prinzipien einer gesunden kaufmännischen Geschäftsführung nicht; dadurch würde einerseits der Reisende bei den Kunden discredirt und anderseits das Geschäft selbst darunter leiden, denn ohne Zweifel würde sich mancher Kunde durch ein solches Geschäftsgebahren veranlaßt sehen, Bestellungen für die Zukunft bei einem solchen Hause zu unterlassen. Es kann deßhalb billigerweise auch keinem Prinzipal zugemuthet werden, daß er eine derart strenge, seinen eigenen Interessen zuwiderlaufende Kontrolle ausübe. Ein gewisses Maß von Vertrauen mußte der Kläger seinem Angestellten gegenüber von vornherein walten lassen. Zu einer intensivern Kontrolle war er erst verpflichtet, als bei ihm der Verdacht vorliegen mußte, daß Lehmann nicht alle eingegangenen Gelder abliefere. Dieß war aber erst zur Zeit der Entlassung Lehmanns der Fall. Daß Veranlaßung hiezu schon früher vorgelegen habe, ist allerdings behauptet, allein bestritten und nicht bewiesen.

Kauf.

Gewährleistung des Verkäufers für das Vorhandensein einer speziell zugesicherten Eigenschaft des Kaufsobjektes.

Streit über die zeitliche Geltung der bezüglichen Garantieverpflichtung.

Frage der Beweislast bei *klageweiser* Geltendmachung des Wandelungsanspruches (actio redhibitoria).

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 8. März 1888.

Der Landwirth Rosenberger im Hard-Außersihl kaufte am 13. April 1887 auf dem Rapperswyler Markt von Landwirt Ringger im Oberhof-Hinweil einen ca. 2 Jahre alten Zuchtochsen, Schwyzerschlag, um den Preis von 330 Fr. Die Uebergabe wurde indeß noch hinausgeschoben und fand erst am 28. April 1887 gegen Baarzahlung des Kaufpreises statt. Bei diesem Anlaß stellte der Verkäufer Ringger dem Käufer Rosenberger einen Schein aus, in welchem zunächst der Vertragsschluß beurkundet und sodann im Anschlusse daran gesagt wird: „und garantiert ihm (dem Käufer) daß der Ochs gut zum Züchten ist. Sollte derselbe nicht gut sein, so nimmt Unterzeichneter (Ringger) denselben ohne Widerrede um den gleichen Preis zurück." Mit Brief vom 12. Mai 1887, also 13 Tage nach der Uebergabe theilte Rosenberger dem Ringger mit, daß der gekaufte Ochse zeugungsunfähig sei und verlangte dessen Rücknahme sowie Ersatz des bezahlten Kaufpreises, Ringger lehnte jedoch diesen Anspruch mit Brief vom 13. Mai unter Bestreitung des geltend gemachten Rückbietungsgrundes ab. Am 31. Mai ließ Rosenberger den Ochsen durch einen Arzt der Thierarzneischule untersuchen und dieser konstatirte absolute Impotenz und daherige Unverwendbarkeit des Thieres zum Züchten. Da der Verkäufer Ringger die Nachwährschaftspflicht auch jetzt bestritt, so stellte Rosenberger die Wandelungsklage, mittelst welcher er Rücknahme des Kaufsobjektes, Rückzahlung des Kaufpreises und Ersatz der Fütterungskosten verlangte. Im Beweisverfahren wurde festgestellt, daß der Ochse beim Verkäufer noch am 25. und 27. April mit Erfolg zum Züchten verwendet worden ist, anderseits aber auch, daß derselbe am 10. Mai, als ihn der Käufer das erste Mal zum Züchten verwenden wollte, untauglich war, ein Zeuge sagt sogar, Rosenberger habe ihm bereits am 8. Mai mitgetheilt, daß der Ochse zeugungsunfähig sei. Der Gerichtsexperte erklärte, daß sich weder die Ursache der Impotenz noch der Zeitpunkt ihres Eintrittes feststellen lasse. Der Beklagte machte geltend, es sei die Garantieklausel dahin aufzufassen, daß er bloß für das Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaft *im Zeitpunkte der Erfüllung, d. h. der Tradition* einzustehen habe, Ferner vertrat er die Ansicht, daß

es Sache des Klägers sei, den Beweis dafür zu leisten, daß der Ochse die zugesicherte Eigenschaft im genannten Zeitpunkt *nicht* gehabt habe. Anderseits glaubte der Kläger, es müsse die Garantie wenigstens insoweit als eine befristete angesehen werden, daß der Verkäufer unbedingt hafte, sobald das Fehlen der garantirten Eigenschaft nach der Uebergabe ohne Verzug festgestellt worden sei, sofern er wenigstens nicht beweise, daß dasselbe auf ein Verschulden des Verkäufers zurückzuführen sei. Eventuell machte er geltend, daß den Beklagten der Beweis dafür treffe, daß der Ochse im Zeitpunkt der Tradition noch zeugungsfähig gewesen sei, weil der Wandelungsanspruch gutgeheißen werden müsse, so lange der Verkäufer nicht zeige, daß er vertragsgemäß geliefert, also den Kaufvertrag richtig erfüllt habe.

Beide Instanzen wiesen die Klage ab, die zweite

aus folgenden Gründen:

1. Die vom Verkäufer geleistete Garantie ist nach dem Wortlaute der Garantieklausel eine unbefristete und es entsteht demgemäß zunächst die Frage, ob jener nur für das Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaft *im Zeitpunkt der Tradition* einstehen, oder ob nicht vielmehr die Haftbarkeit auch für den Fall ausgesprochen werden wollte, wenn erst später ohne nachweisbares Verschulden des Käufers der den Wandelungsanspruch begründende Mangel der Zeugungsunfähigkeit zur Entstehung gelange. Die Frage ist im erstern Sinne zu beantworten, denn Mangels jeder Befristung der Garantieverpflichtung kann und darf nicht angenommen werden, daß der Verkäufer die Gefahr über den Traditionsakt hinaus d. h. auch für Zufälle habe übernehmen wollen, welche erst später eintreten und durch ihren Eintritt die garantirte Zeugungsfähigkeit vernichten sollten. Der Verkäufer leistete die Garantie auf Grund der Thatsache, daß der Ochse die garantirte Eigenschaft im Zeitpunkte der Garantieleistung noch besaß und auf Grund der Schlußfolgerung, daß er dieselbe demgemäß aller Wahrscheinlichkeit nach auch behalten werde, ohne indeß für die letztere Thatsache bezüglich der Zeit nach der Tradition aufkommen zu wollen und der Käufer nahm die Garantie entgegen gestützt auf die Annahme, daß wenn der Ochse im Zeitpunkte der Uebergabe zeugungsfähig sei, er diese Eigenschaft auch ferner besitzen werde, sodaß eine Erstreckung der Garantie über diesen Zeitpunkt hinaus gar nicht erforderlich sei. Jedenfalls fehlt es an einer sichern Grundlage für die Annahme, daß eine weiter gehende Garantie als bis zum Moment der Uebergabe des Kaufsobjektes hat eingegangen werden wollen.

2. Hienach ist der Wandelungsanspruch nur dann begründet, wenn sich feststellen läßt, daß der verkaufte Ochse bereits im Zeitpunkt der Tradition zeugungsunfähig, beziehuungsweise eine allfällig diesen Zustand bewirkende Krankheit bereits damals vorhanden gewesen ist. Diese Auffassung hat nun aber zweifellos zur Folge, daß der Kläger nicht blos allgemein die Voraussetzung nachzuweisen hat, welche die Grundlage der Garantieleistung bildet, sondern daß ihm, um zur Gutheißung des Klagebegehrens zu gelangen, überdieß noch der Beweis obliegt, daß jene Voraussetzung schon zur Zeit des Kaufsabschlußes bezw. der Tradition vorhanden gewesen sei. Es ist allerdings unter Verweisung auf zwei Praejudikate (Sträuli, Commentar § 340 No. 7 und Urtheil der Appellationskammer vom 28. März 1880 i. S. Fnderli ca. Hug) in der Begründung der Appellation darzuthun versucht worden, daß hier der Verkäufer hauptbeweispflichtig sei für gehörige Erfüllung des Vertrages und implicite somit auch für das Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaft im Zeitpunkt der Tradition. Allein die erstgenannte Entscheidung bezieht sich auf den thatsächlich und rechtlich von dem vorliegenden ganz verschiedenen Fall, wo bei einem zweiseitigen Vertrage der eine Theil zwar erfüllt hat, jedoch die Vertragsmäßigkeit seiner Leistung mit der *Einrede* der mangelnden Vertragserfüllung in Widerspruch gesetzt wird. In dieser Einrede liegt eben eine Bestreitung des Klagefundamentes, welches in einem derartigen Vertragsverhältnisse nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen darauf beruht, daß eine einseitige Erfüllung von Seiten des

Klägers in gehöriger Weise vollzogen, bezw. anerboten worden sei. Ganz anders hier, wo es sich gar nicht um die vollziehende Erfüllung eines Vertrages, sondern um die Wandelungsklage, d. h. im Gegentheil um den Anspruch auf *Aufhebung eines beidseitig erfüllten Vertrages* handelt; da kommt nur in Frage, ob die den Wandelungsanspruch begründenden gesetzlichen oder vertraglichen Voraussetzungen vorhanden seien und daß sich dem so verhalte, hat im Bestreitungsfalle derjenige zu beweisen, welcher darauf gestützt, die Aufhebung des Vertrages zu erzielen sucht. Von dieser Regelung der Beweislast wurde allerdings in dem zweiterwähnten Falle in Sachen Enderli ca. Hotz, welcher im Uebrigen dem heutigen in thatsächlicher Beziehung ganz gleichsteht, abgewichen, indem damals der Verkäufer als hauptbeweispflichtig erklärt wurde für das Nichtvorhandensein des Nachwährschaftsmangels zur Zeit der Tradition; allein es muß sich das Gericht bei wiederholter Prüfung der Frage davon überzeugen, daß jene Auffassung über die Vertheilung der Beweislast eine unrichtige war und auf einer Verkennung der rechtlichen Natur der Wandelungsklage bezw. unrichtiger Anwendung einer an sich wohl begründeten Beweisnorm beruhte, welche jedoch nur bei einem auf Vertragserfüllung gerichteten Anspruch Platz greift.

Wenn nun aber nach dem Gesagten der Kläger als hauptbeweispflichtig dafür erscheint, daß der Mangel der zugesicherten Eigenschaft schon zur Zeit des Kaufes vorgelegen habe, so muß der Wandelungsanspruch in Uebereinstimmung mit dem erstinstanzlichen Urtheil verworfen werden. Dieser Beweis ist nämlich in keiner Weise erbracht. Es steht nicht einmal fest, auf welche Ursache die eingetretene Zeugungsunfähigkeit zurückzuführen sei, geschweige denn, daß konstatirt oder auch nur wahrscheinlich gemacht wäre, daß dieser Mangel bezw. ein denselben allfällig bewirkender Krankheitszustand bei der Uebergabe des Thieres an den Käufer schon vorhanden gewesen sei. Der Umstand, daß derselbe jedenfalls bald nachher zu Tage getreten, begründet zwar eine gewisse Vermuthung in dieser Richtung; allein damit ist ein rechtsgenügender Beweis noch keineswegs hergestellt und das um so weniger als auf der andern Seite die von einer Reihe von Zeugen bekundete Thatsache, daß der Ochse in der allerletzten Zeit vor der kaufsweisen Uebergabe noch mit Erfolg zum Züchten verwendet worden sei, doch auch wieder dafür spricht, daß derselbe im entscheidenden Zeitpunkt die Eigenschaft, für deren Vorhandensein garantirt wurde, besessen habe.

Verkehr im Kleinhandel.

Nachwährschaftsklage aus Kauf, gestellt gegenüber einer Ehefrau als angeblicher Mandantin ihres vertragsschliessenden Ehemannes. Wer ist Verkäufer, Mann oder Frau? Vertragsschliessung durch Stellvertretung (Art. 37 des O.-R.), Dolus und ungerechtfertigte Bereicherung als eventuelle Klagegründe.

(Obergericht Zürich, Appellationskammer, 10. März 1888.)

Am 2. Mai 1887 brachten Hans Heinrich Furrer in Wettsweil und dessen Ehefrau Elisabetha geb. Weber zwei Kühe, die einzigen, die sie besassen, auf den Viehmarkt in Zürich. Die Gesundheitsscheine hatte der *Ehemann* Furrer gelöst und es sind dieselben auch auf seinen Namen ausgestellt worden. Die eine der beiden Kühe, von Farbe gelb, $3^1/_2$ Jahre alt, Schwyzerrace, wurde dann auf dem Markt an die Gebrüder Hotz in Zimikon bei Volketsweil verkauft. Den Handel schloß der Ehemann Furrer ab; seine Frau war allerdings dabei, mischte sich aber nicht in die Vertragsunterhandlungen. Nachher gingen Furrer und Hotz in eine benachbarte Wirthschaft und hier legte der letztere dem erstern einen Garantieschein zum Unterzeichnen vor, des Inhalts, er garantire dafür, daß die verkaufte Kuh nicht „beize“ (d. h., daß beim Kalbern die Eingeweide nicht hervortreten). Furrer erklärte, er könne nicht gut lesen und wünsche deßhalb, daß der Inhalt des Scheines vor dem Unterzeichnen noch durch ihm nahestehende Personen kontrollirt werde. Darauf wurden die Ehefrau

Furrer und ein Bekannter, Namens Huber, herbeigerufen und nachdem diese Personen die Uebereinstimmung des Scheines mit der mündlichen Abmachung konstatirt hatten, unterschrieb Furrer die Urkunde. Nunmehr legte Hotz den Kaufpreis von 320 Fr. auf den Tisch; dabei befanden sich auch zwei Rollen Zweifrankenstücke, *Frau* Furrer wünschte Gewißheit darüber zu haben, daß diese Rollen richtig seien, deßwegen wurde eine davon gewogen und nachdem sie sich als richtig herausgestellt hatte, schob der Ehemann Furrer den gesammten Kaufpreis seiner Frau zu, die denselben in Empfang nahm.

Am 13. Mai ließen die Käufer, Gebrüder Hotz, den *Eheleuten* Hs. Heinrich und Elisabetha Furrer amtlich anzeigen, daß sie die am 2. Mai verkaufte Kuh wegen einem Währschaftsmangel gegen Rückgabe des Kaufpreises und Kostenersatz bis am 16. Mai Abends zurückzuholen haben, ansonst gerichtliche Schritte erfolgen. Daraufhin erfolgten aber am 14. Mai folgende Gegenerklärungen:

1. der Ehefrau Furrer: daß sie an dem betreffenden Kaufgeschäfte überall nicht betheiligt sei, weil die fragliche Kuh ihrem Manne gehört habe und somit von ihr auch keinerlei Verpflichtungen anerkannt werden können;

2. des Ehemannes Furrer: daß er, falls ein Währschaftsmangel wirklich vorliege, zu gütlichen Unterhandlungen bereit sei, jedoch verlangen müsse, daß ihm für die Rückerstattung des Kaufpreises eine halbjährige Frist gestattet werde, weil er denselben laut vorliegender Quittung bereits verausgabt habe.

Mit Verfügung vom 17. Mai ordnete das Bezirksgerichtspräsidium Uster auf Gesuch der Gebrüder Hotz die thierärztliche Untersuchung der Kuh an. Als Verkäufer ist in dieser Verfügung der *Hs. Heinrich* Furrer genannt. Am 19. Mai fand die Untersuchung statt und es lautet das Gutachten mit aller Bestimmtheit auf das Vorhandensein des Währschaftsmangels der Abzehrung in Folge Entartung der Brustorgane (Finnen, Tuberkulose).

Mit Verfügung vom 23. Mai wurde dem *Ehemann* Furrer und nur ihm vom Expertenbericht Kenntniß gegeben unter Fristansetzung zur Erklärung darüber, ob er das Vorhandensein eines Währschaftsmangels anerkenne oder nicht. Furrer gab keine Antwort und es ordnete dann der Gerichtspräsident auf Gesuch der Verkäufer die amtliche Versteigerung der Kuh an mit der Verfügung, daß dem Ehemann Furrer vom Versteigerungstage Kenntniß gegeben werden soll. Die Versteigerung fand statt und es ist ein Nettoerlös von 203 Fr. erzielt und vorläufig deponirt worden.

Am 11. Juli leiteten sodann die Gebrüder Hotz beim Friedensrichteramt Wettsweil Nachwährschaftsklage gegen *den Ehemann Hs. Heinrich Furrer* ein, vermittelst welcher sie Vergütung der Differenz zwischen dem Kaufpreise von 320 Fr. und dem Ganterlös von 203 Fr. mit 117 Fr. und Ersatz aller erlaufenen Kosten verlangten. Am 13. August wurde die Weisung an den Einzelrichter des Bezirksgerichtes Affoltern ausgefertigt, der klägerische Vertreter gab dieselbe aber nicht ab, sondern schrieb am 19. August an die Gemeindrathskanzlei Wettsweil um Auskunft über die Verhältnisse der Eheleute Furrer, worauf am 29. gl. Mts. folgende Antwort einging:

„Der am 25. Juni 1881 in Konkurs gerathene Hs. Heinrich Furrer, welcher bis am 24. Juni 1885 im Aktivbürgerrecht eingestellt war, ist seither wieder eigenen Rechtes, besitzt aber kein Vermögen. Dessen Ehefrau ist ebenfalls eigenen Rechtes und steht nicht unter Vormundschaft. Der Gewerb ist *ihr* zugeschrieben und wird von ihr allein beworben; sie ist auch Eigenthümerin des Viehes."

Dieser Bericht veranlaßte den klägerischen Vertreter, die Nachwährschaftsklage nunmehr gegen die *Ehefrau* Furrer zu richten. Am 7. September leitete er dieselbe beim Friedensrichteramt ein und zwar nunmehr über die Frage, ob die Beklagte nicht verpflichtet sei, den empfangenen Kaufpreis von 320 Fr. zurückzuzahlen und die ergangenen Kosten zu ersetzen.

Am 12. Oktober ging die Weisung beim Bezirksgericht Affoltern ein. Die Passivlegitimation der Beklagten wurde damit begründet,

daß der gesammte Gütergewerb ihr gehöre, sie denselben mit ausdrücklicher Zustimmung der Vormundschaftsbehörden selbständig und auf eigene Rechnung betreibe und somit für alle aus diesem Gewerbebetrieb resultirenden Verpflichtungen hafte (Art. 34 des O.-R.), daß es sich nun aber in concreto um eine solche Verpflichtung handle, was daraus geschlossen werden müsse, daß die verkaufte Kuh zum Gewerb gehört habe, also Eigenthum der Frau gewesen sei und somit ihr Ehemann, soweit er beim Verkaufe mitgewirkt, nur als ihr Stellvertreter gehandelt habe. Neben dem vertraglichen Titel wurden auch noch die actio doli und die ungehörige Bereichung genannt.

Die Beklagte bestritt, daß die in Frage stehende Kuh ihr Eigenthum gewesen sei und behauptete vielmehr, ihr Ehemann, der vor ca. 2 Jahren mit etwas Geld aus Amerika zurückgekehrt und seither den Sommer über bei der Nordostbahn gearbeitet, seinen Verdienst aber immer behalten habe, habe dieselbe am Martinimarkt 1886 aus diesem seinem Verdienst gekauft. Die Kuh sei dann allerdings den Winter über aus Heu ab ihren Liegenschaften gefüttert worden, allein der Mann habe ihr das Futtergeld bezahlt. Dieser sei somit auch der Verkäufer, wie er denn auch allein und zwar auf eigene Rechnung mit den Klägern gehandelt habe. Den Kaufpreis habe sie wohl thatsächlich in Empfang genommen, aber von ihrem Mann und nicht von den Klägern, und denselben übrigens nachher dem Manne wieder geben müssen.

Der als Zeuge einvernommene Viehhändler Sigmund Kaufmann von Arni, Ct. Aargau, deponirte: Am Martinimarkt 1886 in Zürich habe er eine Kuh, von Farbe gelb, ca. 2½ Jahr alt, gekauft und sofort nachher an den Ehemann Heinrich Furrer um 220 Fr. wieder verkauft. Außer diesem habe beim Handel Niemand mitgewirkt, namentlich auch keine Frau. Furrer habe baar bezahlt, woher derselbe das Geld gehabt, wisse er, Zeuge, natürlich nicht. Nach etwas mehr als einem Vierteljahr sei er zufällig nach Wettsweil und auch zu Furrer gekommen. Damals seien zwei Kühe im Stalle gestanden, die von ihm, dem Zeugen, gekaufte und eine zweite. Davon, daß die eine Kuhe der Frau und die andere dem Manne gehöre, sei nichts gesprochen worden. Dagegen habe ihm der Ehemann Furrer die gleiche, am Martinimarkt 1886 gekaufte Kuh wieder verkaufen wollen und dafür 16½ Napoleon verlangt, er sei aber nicht auf das Angebot eingetreten.

Die Klage wurde von beiden Instanzen verworfen.

Gründe:

1. Die in diesem Streite zu Tage getretenen factischen Verhältnisse sind etwas zweifelhaft und es ist die Unklarheit in den wesentlichsten Punkten durch das Beweisverfahren nicht ganz gehoben worden. So bleibt jetzt noch fraglich, wessen Eigenthum die in Frage kommende Kuh gewesen sei, ob dem Ehemann Furrer, in welchem Falle die vorliegende Klage allerdings ohne Weiters hinfällig wäre, oder aber der Beklagten.

2. Immerhin steht fest, daß der Ehemann Furrer ohne Mitwirkung seiner Ehefrau und ohne sich als deren Stellvertreter zu erkennen zu geben, die fragliche Kuh am Martinimarkt 1886 von Sigmund Kaufmann gekauft und den Kaufpreis dafür bezahlt hat. Daß die Beklagte ihm das hiezu nöthige Geld gegeben hat, dafür sind keine Anhaltspunkte in den Akten. Wenn indessen vorläge, daß dieselbe schon vorher ein Stück Vieh besessen und verkauft hätte, so dürfte aus diesem Umstand in Verbindung damit, daß der vorhandene Gütergewerb der Beklagten gehört und die zugekaufte Kuh von ihrem Futter ernährt wurde, geschlossen werden, daß der Erlös des fraglichen Stückes Vieh zum Ankauf der fraglichen Kuh verwendet worden sei und der Ehemann, obwohl ihm die eheliche Vormundschaft nicht zusteht, lediglich als Stellvertreter gehandelt habe. Allein diese Thatsache liegt nicht vor, vielmehr scheinen ihr die bis Martini 1886 reichenden Vogtrechnungen, welche des Besitzes von Vieh nicht erwähnen, zu widersprechen. Unter diesen Umständen in Verbindung mit dem nachherigen Benehmen des Ehemannes Furrer in Beziehung auf den Verkauf der Kuh dürfte daher eher angenommen werden, er sei Eigenthümer derselben gewesen.

3. Sollte indeß die Beklagte Eigenthümerin gewesen sein, so steht fest, und ist übrigens auch nicht bestritten, daß der Verkauf des Thieres an die Kläger von Seite des Ehemannes Furrer stattgefunden hat; es würde sich demnach um eine Vertragsschließung durch einen Stellvertreter im Sinne der Art. 36 u. f. des O.-R. handeln.

4. Nun bestimmt Art. 37, daß wenn der Vertreter sich nicht als solcher zu erkennen gegeben, der Vertretene nur dann unmittelbar berechtigt oder verpflichtet werde, wenn der dritte hätte aus den Umständen auf das Vertretungsverhältniß schliessen müssen. Diese Voraussetzung trifft jedoch im vorliegenden Fall nicht zu. Es hat vielmehr der Ehemann Furrer das Thier in seinem Namen und als sein Eigenthum verkauft, wofür nicht nur der auf ihn ausgestellte Gesundheitsschein, sondern auch die von sämmtlichen Zeugen über den Verlauf des Kaufgeschäftes gegebene Darstellung und die von ihm geleistete Garantie, daß das Thier nicht „beize", sowie namentlich das Vorgehen der Kläger gegen denselben sowohl im summarischen als im Sühnverfahren, in welch letzterm der Ehemann Furrer sogar allein eingeklagt wurde, spricht. Es ist von Seite der Beklagten auch nichts geschehen, was Veranlaßung zu dem Schlusse gegeben hätte, es handle sich auf Seite des Furrer um ein bloßes Vertretungsverhältniß und die Kläger haben ihrerseits ebenso wenig einen derartigen Schluß gezogen; es folgt vielmehr das Gegentheil aus den von ihnen gegen den Ehemann Furrer gethanen gerichtlichen Schritten.

5. Als weiterer Rechtstitel bei gleicher Voraussetzung kann derjenige des Dolus in Frage kommen. Die Beklagte würde aus diesem Gesichtspunkte haften, wenn sie, die beim Verkaufe zugegen war, gewußt hätte, daß die Kuh an einem gesetzlichen Währschaftsmangel leide, weil sie dann die Pflicht gehabt hätte, auf diesen Umstand aufmerksam zu machen und ihr bezügliches Stillschweigen dahin auszulegen wäre, daß mit ihrem Willen und ihrer Zustimmung eine widerrechtliche Täuschung der Kläger stattgefunden habe (Art. 50 und 60 l. 1 d. O.-R.). Es liegt nun aber irgend welcher Anhaltspunkt für das Vorhandensein genannter Voraussetzung nicht vor.

6. Schließlich kann es sich fragen, ob die Haftpflicht der Beklagten nicht aus dem Titel der widerrechtlichen Bereicherung begründet sei. Allein in dieser Beziehung liegt nur vor, daß sie den von den Klägern bezahlten Kaufpreis in Besitz und nach Hause genommen hat, nicht aber, daß ihr dann, nach der Rückkehr von Zürich das Geld verblieben und in ihrem Interesse verwendet worden sei.

Schadenersatzanspruch

aus vorzeitiger Auflösung eines Dienstvertrages.

Kündigung auf Termin im Sinne von Art. 343 des O.-R. oder sofortige Entlassung? Wichtige Gründe im Sinne von Art. 346 des O.-R. Das Maß der Schadloshaltung bei gerechtfertigter sofortiger Entlassung aus Gründen, die kein Theil verschuldet hat. (Schlußsatz von Art. 346 des O.-R.)

Kassationsgericht Zürich, 3. März 1888.

Ein bei der Pilatusbahn mit einem monatlichen Salair von 400 Fr. angestellter Ingenieur erkrankte Mitte Mai 1887 und reiste deßwegen am 26. gleichen Monats nach Hause. Mit Schreiben vom 2. Juni 1887 übersandten ihm die Bauunternehmer 400 Fr. als Honorar für den Monat Mai 1887 und bemerkten dabei: „Da nach Ansicht der Aerzte mehrere Monate verfliessen würden, bevor Sie Ihre Arbeiten am Pilatus wieder aufnehmen könnten, so sind wir genötigt, einen andern Ingenieur für längere Zeit fest anzustellen und Ihnen die innegehabte Stelle auf Mitte August zu kündigen." Nachher wurde auch das Honorar für die Zeit vom 1. Juni bis 15. August 1887 bezahlt, der entlassene Angestellte verlangte dann aber, daß ihm dasselbe ferner für die Zeit vom 15. August bis Ende des Jahres 1887 vergütet werde und zwar obgleich seine Gesundheit selbst Anfangs des Jahres 1888 noch nicht wieder hergestellt war und er bis dahin nicht hatte arbeiten können. Beide

Instanzen wiesen die Klage ab (siehe den zweitinstanzlichen Entscheid vom 12. November 1887 in Bd. VI. dieser Blätter pag. 364). Daraufhin wandte sich der Kläger ans Kasationsgericht, unterlag aber auch hier, denn mit Entscheidung vom 3. März 1888 wurde seine Nichtigkeitsbeschwerde abgewiesen.

Gründe:

1. Das Begehren des Klägers, daß ihm der vertragsmäßige Lohn auch für den Zeitraum vom 15. August bis Ende des Jahres 1887 ausbezahlt werde, muß auf Grund folgender Betrachtungen abgewiesen werden.

Am 2. Juni haben die Beklagten dem Kläger seine Stelle auf Mitte August gekündet und als Grund für diese Kündigung angegeben, daß weil Kläger noch mehrere Monate arbeitsunfähig sein werde, sie zu fester Anstellung eines andern Ingenieurs auf längere Zeit genöthigt seien. Der offenbare Sinn der Willensäußerung der Beklagten, — und auf diesen Sinn, — nicht auf die gebrauchten Ausdrücke kommt es an, — war also nicht eine Kündigung auf Termin, sondern die sofortige Entlassung des Klägers verbunden mit der Verpflichtung, dem Kläger, wie es bei einer Kündigung auf Termin hätte geschehen müssen, den Lohn bis zu dem gesetzten Termin weiter zu zahlen. Daß es sich nicht um eine Kündigung auf Termin in rechtlichem Sinne handelte, sondern um sofortige Entlassung des Kläges mit Schadloshaltung, geht daraus hervor, daß Beklagte vom Kläger keine Dienste mehr verlangten, während bei Kündigung auf Termin die Willensmeinung die ist, daß der Vertrag bis zum Termin beidseitig erfüllt werde. Es frägt sich also nur, ob Beklagte am 2. Juni zu sofortiger Entlassung berechtigt waren und ob Kläger mit der ihm gegebenen Schadloshaltung sich zu begnügen habe und Beides ist nach Art. 346 des O.-R. zu bejahen. Dieser Gesetzesartikel, welcher auch für diejenigen Dienstverhältnisse gilt, deren regelmäßiges Aufhören durch Vertrag oder Gesetz an eine Kündigung auf Termin geknüpft ist, bestimmt, daß vorzeitige Aufhebung des Dienstvertrages jedem Theile aus wichtigen Gründen zustehe und daß über das Vorhandensein solcher Gründe und über die oekonomischen Folgen der sofortigen Auflösung des Dienstverhältnisses das richterliche Ermessen entscheide. Nun unterliegt keinem Zweifel, daß die voraussichtlich mehrere Monate dauernde Arbeitsunfähigkeit eines Angestellten, welcher Dienste zu verrichten hat, deren Unterbrechung ohne Nachtheil für das Unternehmen des Dienstherrn nicht möglich ist, einen nach Art. 346 zu sofortiger Aufhebung des Dienstvertrages berechtigenden Grund bildet und nach richterlichem Ermessen erscheint es im vorliegenden Falle nicht nur als eine billige Schadloshaltung, sondern als eine Liberalität, daß die Beklagten dem erkrankten Angestellten drei Monate über die Zeit hinaus, da er seine Dienste hat einstellen müssen, den bisher bezogenen Gehalt bezahlt haben, zumal ja auch die Beklagten kein Verschulden trifft, und nach gemeinrechtlichen Grundsätzen das beidseitig unverschuldete Aufhören des Dienstverhältnisses zunächst lediglich das Aufhören von Leistung und von Gegenleistung zur Folge gehabt hätte.

2. Nach dem Angeführten müßte die Nichtigkeitsbeschwerde selbst dann verworfen werden, wenn der Vorderrichter zu seinem Entscheide aus in Kassationsinstanz anfechtbaren Gründen gelangt wäre (siehe Rechenschaftsbericht des Kassationsgerichtes von 1879 No. 76). Indessen ist auch dieß nicht der Fall (was des Nähern ausgeführt wird, hier aber nicht interessirt.

Die Anerkennung

als Unterbrechung der Verjährung des auf notarialische Zufertigung eines gekauften Grundstückes gerichteten Anspruches.

Dieselbe muß darin gefunden werden, daß der Verkäufer dem Käufer den Besitz des Grundstückes auf Grund des Kaufvertrages übertragen hat und ihn dasselbe während der Verjährungsfrist gestützt auf den Titel des Kaufes zu eigenem Vortheil bewerben ließ.

(Obergericht Zürich, Appellationskammer, 3. März 1888.)

Der Käufer eines Grundstückes verlangte erst nach Ablauf von 10 Jahren seit dem

Abschluß des Kaufvertrages und dem Besitzesantritt notarialische Fertigung. Er hatte diese vorher, wie es leider noch hie und da vorkommt, als eine unnütze, nur Kosten verursachende Maßregel betrachtet und überzeugte sich erst von der Unrichtigkeit dieser Auffassung, als zwischen ihm und dem Verkäufer Differenzen entstanden, weil letzterer behauptete, daß er sich ein Wegrecht über das verkaufte Grundstück vorbehalten habe. Da der Verkäufer nicht in der Lage war, diesen Vorbehalt zu beweisen, so kam er auf den Einfall, der auf notarialische Fertigung gerichteten Erfüllungsklage die Einrede der Verjährung entgegenzustellen, obgleich der Kläger während der ganzen Verjährungszeit im ununterbrochenen und unwidersprochenen Besitze des Kaufsobjektes gewesen war und dasselbe fortwährend, gleichsam unter den Augen des Beklagten, beworben hatte. Die Einrede wurde einfach damit begründet, daß der Klaganspruch den Charakter einer laufenden Forderung habe und deßhalb nach § 1064 des P.-R. G.-B. und den Entscheidungen in Ullmers Commentar No. 1727 und 2994 der gewöhnlichen zehnjährigen Verjährung unterliege.

Die Einrede wurde von beiden Instanzen verworfen und der Klaganspruch gutgeheißen.

Gründe:

1. Der Beklagte anerkennt heute, daß zwischen ihm und dem Kläger ein rechtsgültiger Kaufvertrag zu Stande gekommen sei, durch welchen er an sich verpflichtet wäre, das streitige Grundstück dem Kläger notarialisch zuzufertigen und er begnügt sich, die Einrede zu stellen, daß diese Verpflichtung durch Verjährung untergegangen sei. Diese Einrede ist aber zu verwerfen.

2. Gesetzt nämlich auch, es habe die Verjährung überhaupt mit dem 28. April 1877, mit welchem Tage die Klage auf Fertigung entstand, zu laufen begonnen, so ist dieselbe jedenfalls durch Anerkennung der Verpflichtung wiederholt unterbrochen worden. Bekanntlich bedarf es zur Unterbrechung der Verjährung weder einer schriftlichen noch auch nur einer ausdrücklichen Anerkennung, sondern es genügt eine Anerkennung jeder Art, namentlich also auch eine solche aus konkludenten Handlungen (siehe Bluntschlis Commentar zu § 1070 Zif. 4 des P.-R. G.-B.). Nun ist nicht bestritten und steht auch über jedem Zweifel, daß der Beklagte dem Kläger auf Grund des abgeschlossenen Kaufs den Besitz des verkauften Grundstücks übertragen und auch jedes folgende Jahr seine stillschweigende oder ausdrückliche Zustimmung dazu gegeben hat, daß der Kläger aus dem rechtlichen Titel des Kaufs das Grundstück bewerbe und den Nutzen desselben beziehe. Alle diese Handlungen des Beklagten enthalten daher beständig sich wiederholende Anerkennungen des Kaufvertrages und demnach auch seiner, lediglich einen Theil der durch den Kaufvertrag begründeten Obligation bildenden Verpflichtung, das Kaufsobjekt dem Käufer notarialisch zuzufertigen.

Einsprache

gegen die vom Präsumtiverben eines unbekannt Abwesenden beantragte Todeserklärung des letztern. Frage der Activ- und Passivlegitimation. Rechtliche Bedeutung der Verschollenheits- und Todeserklärungen auf Grund der bezüglichen gesetzlichen Vermuthungen.

(Obergericht Zürich, Appellationskammer, 28. Februar 1888.)

Im Jahre 1855 wanderte der damals 22 Jahre alte Emil Lüthi von Richtersweil nach Texas aus. Von Corpus Christi aus schrieb er an seinen Vater zwei Briefe, den ersten datirt den 4. November 1855 und den zweiten datirt den 1. Mai 1856. Von da an gelangte keine sichere Kunde vom Leben des Emil Lüthi mehr hieher. Am 20. Juni 1868 starb in Lausanne ein Großonkel desselben, Caspar Hänsler, mit Hinterlassung eines bedeutenden Vermögens. Ein Haupttheil dieses Vermögens fiel auf ihn (ca. 50,000 Fr.) und da er unbekannt abwesend, aber noch nicht verschollen war, also noch als lebend vermuthet werden mußte, so nahmen die Vormundschaftsbehörden der Heimathsgemeinde den Erbtheil in Verwaltung. Im Mai 1872

stellte der einzige Präsumtiverbe des Emil Lüthi, sein Halbbruder Albert Lüthi, das Gesuch um Aufruf und Verschollenerklärung desselben und die letztere wurde dann auch durch obergerichtlichen Beschluß vom 29. Oktober 1872 in dem Sinne ausgesprochen, daß Emil Lüthi als vom 2. Mai 1871 an als verschollen gelte. Dem Petenten Albert Lüthi wurde die Nutznießung des dem Verschollenen gehörenden, waisenamtlich verwalteten Vermögens gestattet (siehe §§ 1969, 1970, 1971 und 1972 des P.-R. G.-B.).

Am 4. Mai 1886 stellte Albert Lüthi das Gesuch um Todeserklärung seines Halbbruders Emil Lüthi und es wurde der Aufruf am 12. August 1886 obergerichtlich bewilligt. Am letzten Tage der 9monatlichen Frist erboben nun aber die Erben einer Dorothea Welti (Tante des Emil Lüthi), denen, falls der letztere am 20. Juni 1868, als dem Todestag des Großonkels Caspar Hänsler schon gestorben gewesen wäre, statt seiner der Erbtheil von circa 50,000 Fr. zugefallen wäre, beim Bezirksgericht Einsprache gegen die Todeserklärung, worauf dieses das Verfahren sistirte und die Einsprecher auf den Weg des ordentlichen Prozesses verwies. Die Einsprache wurde damit begründet, daß die Einsprecher zu beweisen in der Lage seien, daß Emil Lüthi noch im Jahre 1866 in Arizona (Vereinigte Staaten Nordamerikas) gelebt habe, woraus folge, daß er erst im Jahre 1896 todt erklärt werden könne. In dem darauf gegen den Präsumtiverben Albert Lüthi eingeleiteten ordentlichen Prozeß stellten die Kläger das Rechtsbegehren, daß die Verschollenheitserklärung vom 29. Oktober 1872 aufgehoben und die Sistirung der Todeserklärung bis im Jenner 1896 ausgesprochen werde mit dem Vorbehalt einer frühern Beweisleistung dafür, daß Emil Lüthi schon vor dem 20. Juni 1868 gestorben sei und daß von jetzt an der Zins des fraglichen Vermögens zum Kapital geschlagen und dem Beklagten nicht weiter verabfolgt werde. Die Legitimation zur Klage wurde daraus abgeleitet, daß die Kläger durch Hinausschiebung der Todeserklärung Zeit und Gelegenheit bekommen, zureichende Beweismittel dafür zu sammeln, daß Emil Lüthi schon vor dem Erbanfall vom Juni 1868 gestorben sei, in welchem Falle der betreffende Erbtheil ihnen und nicht dem Albert Lüthi zukomme. Zum Beweise dafür, daß Emil Lüthi im Jenner 1866 noch gelebt habe und somit erst im Jenner 1881 verschollen gewesen sei und erst im Jenner 1896 als todt erklärt werden dürfe, beriefen sich die Kläger auf einen schriftlichen Bericht des Friedensrichters und Amtsnotars Fritz Tegener in Austrin (Texas), der auf ihr Gesuch vom schweizerischen Consulat in Galveston eingeholt und übermittelt worden ist und in welchem unter Angabe verschiedener Details erzählt wird, daß Tegener in den Jahren 1864 bis Anfangs 1866 mit Emil Lüthi (Schweizer von Geburt) in Arizona gelebt habe. Die Kläger beantragten die Veranlassung einer gerichtlichen Einvernahme des Tegener, falls seinem schriftlichen Bericht nicht volle Beweiskraft beigemessen werde.

Der Beklagte bestritt in grundsätzlicher Beziehung die Sachlegitimation der Kläger, seine Passivlegitimation und die Erheblichkeit des Beweisanerbietens, daß Emil Lüthi noch im Januar 1866 gelebt habe. Allein beide Instanzen entschieden dießfalls zu Gunsten der Klage und die Appellationskammer wies sodann das Bezirksgericht an, die gerichtliche Einvernahme des Tegener zu veranlassen.

Gründe:

1. Schon die bloße Möglichkeit, den Beweis zu erbringen, daß Emil Lüthi bereits *vor* dem Erbanfall vom Juni 1868 gestorben sei, begründet ein rechtliches und factisches Interesse der Kläger daran, daß die Todeserklärung nicht vor Ablauf der 30jährigen Frist seit der letzten sichern Kunde vom Leben des Unbekannt Abwesenden ausgesprochen werde, weil es Thatsache ist, daß im Falle jener Beweisleistung angenommen werden muß, es sei das von Casper Hänsler ererbte Vermögen ihnen und nicht dem Emil Lüthi zugefallen und weil sie daher in diesem Falle die Herausgabe des Vermögens verlangen können. Die *heutige* Todeserklärung trotz des Nachweises, daß Emil Lüthi noch im Jahre 1866 gelebt habe, also bis 1881 als lebend zu vermuthen war und erst von

1896 an als todt vermuthet werden darf, würde eine entschiedene Verletzung der klägerischen Interessen involviren. Die Kläger müssen demnach als zur Klage legitimirt erklärt werden.

2. Die Erheblichkeit des Beweisanerbietens kann keinem ernstlichen Zweifel unterliegen, denn sobald die Kläger wirklich und in einer sichern Weise nachzuweisen im Falle sind, daß der Abwesende nach dem Zeitpunkte, von welchem an er als verschollen vermuthet wurde, (2. Mai 1871) noch gelebt habe, muß die 15jährige Frist unbekannter Abwesenheit entsprechend hinausgeschoben werden und kommt in diesem Falle auf die gerichtlich ausgesprochene Verschollenheitserklärung gar nichts an. Diese hat nur eine declaratorische Bedeutung und lediglich den Zweck, den Zeitpunkt zu bestimmen, von welchem an den damals bekannten Praesumtiverben der Zinsgenuß des während seiner Abwesenheit angefallenen Erbes gestattet werde. Es kann also ganz und gar nicht von wohlerworbenen Rechten, wie dieß Seitens des Vertreters des Beklagten geschehen ist, gesprochen werden denn es gilt als ein feststehender Rechtssatz, daß durch eine Verschollenheits- und Todeserklärung nur eine einfache praesumtio juris entsteht, die durch den Nachweis spätern Lebens oder des früher eingetretenen Todes einfach zerstört wird. Es ist dießfalls zu verweisen auf Schneiders Commentar zu § 16 des neuen privatrechtlichen Gesetzbuches, Anmerkung II. a., wo namentlich auch speziell ausgeführt ist, daß die im Gesetze für die Verschollenheits- und Todeserklärung erforderlichen Fristen von Neuem zu laufen beginnen, nachdem eine sichere Kunde von dem Leben des Abwesenden eintroffen ist.

3. Der Beklagte bestreitet auch die Pasivlegitimation mit der Ausführung, daß die angehobene Klage die hereditatis petitio sei, diese sich aber nicht gegen den richte, der weder pro herede, noch pro possessore besitze, sondern nur Nutzniesser sei, allein auch diese Einwendung erscheint nicht als stichhaltig. Wenn auch Albert Lüthi weder die Erbschaft als solche im Besitze hat, noch zur Zeit die Erbenqualität für sich in Anspruch nehmen kann, so ist er doch Besitzer der Früchte der Erbschaft, auf deren Herausgabe resp. Verbot des fernern Genußes die hereditatis petitio unzweifelhaft gerichtet ist (vergleiche Wintscheid, Pandekten III., § 612, 5.)

4. Der Beweis, daß Emil Lüthi im Jahre 1866 noch gelebt habe, kann nun zwar allerdings mit der ersten Instanz zur Zeit noch nicht als geleistet betrachtet werden, allein die Verhältnisse rechtfertigen es durchaus, die gerichtliche Einvernahme des Zeugen Tegener zu veranlassen und erst dann das Urtheil zu fällen.

Kauf.

Direkter Bezug der Waare von Seite des zweiten Käufers beim ersten Verkäufer. Einrede des erstern gegenüber der Kaufpreisklage seines Verkäufers, dass die Waare von ihm als nicht währschaft zurückgewiesen und seine Reklamation vom ersten Verkäufer anerkannt worden sei.

(Obergericht Zürich, Appellationskammer, 24. Januar 1888.)

Ein Käsehändler kaufte von einem Senn eine Parthie Sommerkäse und alle Winterkäse, welche derselbe von Martini 1885 bis Mai 1886 produciren werde. Dem Käufer wurde das Recht eingeräumt, sogenannte „Nißer“, geblähte und schadhafte Käse auszuschießen. Er verkaufte dann aber die sämmtlichen Käse weiter an einen zweiten Händler um einen höhern Preis, im Uebrigen aber unter den gleichen Bedingungen. Dieser letztere bezog zunächst die Sommerkäse und zwar beim ersten Verkäufer direkt und sodann zwei Parthien Winterkäse. Dem letztern bezahlte er jeweilen den Kaufpreis, den derselbe mit seinem Käufer vereinbart hatte und die Differenz zwischen diesem Preise und dem von ihm versprochenen zahlte er richtig an seinen Verkäufer. Nun bezog er aber noch eine weitere Parthie Winterkäse, weigerte sich dann aber bei dieser Lieferung, die Preisdifferenz an seinen Verkäufer zu vergüten, weil es sich hier um Ausschußwaare handle, die er zurückgewiesen und

erst später durch besondern Vertrag mit dem Senn um einen geringern Preis gekauft habe. Das Gericht verwarf jedoch diesen Einwand und verurtheilte den Beklagten zur Zahlung. Abgesehen davon, daß es annahm, es sei die thatsächliche Richtigkeit der Einwendung nicht festgestellt, bemerkte dasselbe in der Begründung:

In der Einwendung des Beklagten, daß die von ihm am 2. August 1886 bezogene Parthie Käse Ausschußwaare gewesen sei, liegt genau genommen nicht die Negation der Klagebehauptung, daß auch diese Käse an ihn verkauft worden seien, sondern vielmehr die Einrede, daß er dieselben Mangels vertragsmäßiger Beschaffenheit nicht als Vertragserfüllung habe annehmen müssen. Er will sie auch wirklich nicht als Vertragserfüllung angenommen, sondern zurückgewiesen und nach erfolgter Anerkennung seiner Reklamation durch den Senn Schmid zu einem geringern Preise selbständig gekauft haben. Allein unterstellt auch, es sei eine solche Reklamation wirklich erfolgt und von Schmid anerkannt worden, so ist es denn doch sehr fraglich, ob eine bezügliche Abmachung zwischen dem Beklagten und Schmid auch für den Kläger so ohne Weiteres verbindlich sei. Wenn man nämlich auch noch davon ausgehen wollte, die Vertragsmeinung zwischen den Litiganten sei dahin gegangen, daß Beklagter auch das dem Kläger gegenüber Schmid zustehende Reclamationsrecht ausüben könne und solle, so war dabei doch sicherlich verstanden, daß wenn reclamirt und gewisse Parthien der verkauften Waare als nicht vertragsconform zurückgewiesen werden, der Beklagte gehalten sein solle, davon seinem Mitcontrahenten unverzüglich Anzeige zu machen, damit dieser rechtzeitig zu kontrolliren in der Lage sei, was dem Beklagten alles in Erfüllung des mit ihm abgeschlossenen Vertrages geliefert worden sei, daß aber je eine solche Anzeige gemacht worden sei, ist beklagterseits gar nie behauptet worden.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. Mai 1888. VII. Band. № 9.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil
des
Handelsgerichtes Zürich
vom 16. Dezember 1887
in Sachen
des *Henri Diggelmann* in Zürich, Kläger und Widerbeklagten,
gegen
Titus Dürr, Sohn, in Zürich, Beklagten und Widerkläger,
betreffend Gesellschaft.

Anfechtung eines Gesellschaftsvertrages wegen Mängeln des Vertragsabschlusses (dolose Irrthumserregung, Art. 24 des O.-R.).

Streitfragen:

I. Der Hauptklage:

Ist der Kläger berechtigt, Aufhebung des Societätsvertrages mit dem Beklagten vom 24./25. Juli 1887 und Rückgabe der dem Beklagten abgetretenen Forderung von Frkn. 10,000 auf Heß-Tempelmann in Pfäffikon zu verlangen?

II. Der Widerklage:

Ist nicht der Kläger und Widerbeklagte schuldig, an den Beklagten und Widerkläger Fr. 5000 Schadensersatz zu bezahlen?

Thatsächliches:

A. Der Kläger, welcher seine Lehrzeit in einem Merceriegeschäfte in Winterthur durchgemacht hat und nachher 2 Jahre lang in einem Geschäfte derselben Branche in Buenos-Ayres thätig gewesen ist, suchte im Juli 1887 mittelst eines Inserates in der „Neuen Zürcher Zeitung" eine Anstellung in einem Handlungshause mit dem Beifügen, daß er im Falle wäre, eine Kaution von Fr. 8000 bis Fr. 10,000 zu leisten, eventuell sich mit dieser Summe in einem soliden Hause zu betheiligen. Auf dieses Inserat ging am 21. Juli ds. Js. vom Beklagten eine Offerte ein, worin dieser bemerkte, er suche einen Associé und lade den Einsender, falls er sich darum des Nähern interessire, zu einer Besprechung ein. Der Kläger leistete dieser Einladung Folge und besuchte den Beklagten in Zürich. Das Resultat der hierauf zwischen den heutigen Litiganten gepflogenen Unterhandlungen war ein Gesellschaftsvertrag, welcher vom 24. Juli 1887 datirt und aus welchem folgende Bestimmungen hervorzuheben sind:

Art. 1. Die Unterzeichneten Titus Dürr, Sohn, in Zürich und Henri Diggelmann in Pfäffikon verbinden sich durch den gegenwärtigen Vertrag auf gemeinschaftliche Rechnung und Gefahr unter der Firma Dürr und

Diggelmann eine Samen-, Produkten- und Pflanzenhandlung zu betreiben.

Art. 2. Die Gesellschafter machen folgendes Einlagekapital:

a. Titus Dürr, Sohn, macht eine Einlage von Fr. 25,000 durch Waarenwerth, Mobilien und Baarschaft *laut Inventar vom 24. Juli 1887;*

b. Henri Diggelmann macht eine Einlage von Fr. 10,000.

Art. 3. Titus Dürr, Sohn, hat den Ein- und Verkauf der Waaren en gros, die Leitung des Geschäftes und die größern Reisen zu besorgen, während Diggelmann das Bureau, die Spedition, die kleinern Reisen und den Detailverkauf vermittelst des nöthigen Hülfspersonals zu besorgen hat.

Art. 4. Als Honorar für seine Arbeit bezieht jeder Gesellschafter jährlich Fr. 2400 in monatlichen Raten von Fr. 200.

Art. 6. Das bisherige Geschäft von Titus Dürr & Cie. wird mit Aktiven und Passiven *auf Grundlage des Inventars vom 24. Juli 1887* von der Gesellschaft übernommen mit den bestehenden Miethverträgen . . . .

Art. 7. Bei obbemerktem Inventar sind die Waarenvorräthe zu den Ankaufspreisen, ältere jedoch unter angemessener Abschätzung, Samen namentlich mit Berücksichtigung ihrer Keimkraft, Mobilien zum Schatzungswerthe und die Guthaben unter Abzug der dubiosen berechnet *worden*.

Art. 9. Je auf 1. Juli eines Jahres und zwar zum ersten Male den 1. Juli 1888 ist ein Inventar laut Art. 7 und eine Bilanz des Geschäftsvermögens anzufertigen und der Gewinnsaldo zu vertheilen wie folgt:

Titus Dürr erhält vom Reingewinn $^2/_3$,
Henri Diggelmann $^1/_3$.

Im gleichen Verhältnisse werden auch die Verluste getragen.

Art. 10. Die Dauer des gegenwärtigen Vertrages ist vom 24. Juli 1887 bis 1. Juli 1889 rechtsgültig fixirt, von da an steht jedem Theilhaber je auf 1. Juli halbjährliche Kündigung offen.

Art. 16. Sollte der eine oder andere der Contrahenten sich gegen die Bestimmungen dieses Vertrages vergehen, so hat er dem andern eine Conventionalstrafe von Fr. 2000 zu bezahlen.

B. Da der Kläger wegen Confliktes mit seinen Angehörigen die versprochene Einlage von Fr. 10,000 nicht flüssig machen konnte, begnügte sich der Beklagte damit, daß ihm Jener seine Forderung an den Stiefvater Carl Heß bis zum Betrage von Fr. 10,000 abtrat. — Laut einer Bescheinigung des Handelsregisterführers ist die Firma Dürr und Diggelmann am 3. Oktober ins Handelsregister eingetragen worden. Allein schon am 10. Oktober erließ der Kläger an den Beklagten eine amtliche Anzeige des Inhalts, daß er von dem Societätsvertrage zurücktrete und zwar, wie er behauptet, weil er entdeckt habe, daß er beim Vertragsabschluß vom Beklagten hintergangen worden sei, wie der Beklagte geltend machen läßt, weil die Mutter des Klägers sich nachträglich bereit erklärt habe, das von ihr in Pfäffikon betriebene Geschäft (Mercerie- und ähnliche Artikel) dem Sohne abzutreten. Der Beklagte protestirte mit amtlicher Gegenanzeige vom 12. Oktober gegen den einseitigen Rücktritt des Klägers und verlangte Aufrechthaltung des Vertrages, ansonst er ihn für Zahlung der in Art. 16 vorgesehenen Conventionalstrafe sowie für allen weitern aus dem Vertragsbruch erwachsenden Schaden haftbar machen müsse. So kam es zum Prozeß.

C. Der Kläger stützt sein Rechtsbegehren in erster Linie auf den Art. 24 in Verbindung mit Art. 18 und 19 des O.-R., indem er geltend macht, er sei durch betrügerische Vorspiegelungen des Beklagten zum Vertragsabschluß verleitet worden. In dieser Richtung wird ausgeführt:

Der Beklagte habe dem Kläger bei den Unterhandlungen als Einlage, die er machen würde, das unter Akt 3 bei den Akten liegende Inventar vorgewiesen, welches einen Saldo von Frkn. 30,088. 59 Cts. zeigt, und dazu bemerkt, das Inventar sei allerdings vor einigen Monaten zusammengestellt worden, aber es seien seither keine wesentlichen Aenderungen eingetreten, die Aktiven in demselben seien außerordentlich billig angesetzt und ältere Waaren gar nicht aufgenommen worden, so daß man sich auf das Inventar durchaus verlassen könne; um ihm, dem Kläger, aber möglichst entgegenzukommen, wolle

er das Inventar nur auf Fr. 25,000 ansetzen. Der Kläger, welchem diese Geschäftsbranche absolut fremd gewesen, habe den Angaben des Beklagten Glauben geschenkt und daraufhin den Vertrag abgeschlossen. Nachdem der Kläger einige Zeit im Geschäft thätig gewesen, sei es ihm aufgefallen, daß der Beklagte die Bücher und namentlich das ihm beim Vertragsabschluß vorgewiesene Inventar beständig unter Schloß und Riegel halte. Er habe sich daher Letzteres zu verschaffen gesucht und nun in demselben folgende Unrichtigkeiten entdeckt:

1. Daß in demselben eine Reihe von Rechnungsfehlern enthalten seien (z. B. auf Seite 11, wo zehnfach übersetzte Posten notirt sind wie: Fr. 94. 50 Cts. statt Fr. 9. 45 Cts., Fr. 247. 50 Cts. statt Fr. 24. 75 Cts., Fr. 255 statt Fr. 25. 50 Cts.);

2. Daß auf Seite 29 ein bedeutender *Creditor* (Wiesmann) fälschlich mit Fr. 4132 als *Debitor* aufgeführt sei;

3. daß die Waaren nicht zu den Facturapreisen, sondern zu den Verkaufspreisen eingesetzt seien, was eine Vergleichung mit dem unter Akt 7 bei den Akten liegenden, für die Kunden bestimmten Preiscourant sofort klar lege;

4. daß auf Alter und Keimkraft der Waaren im Inventar gar keine Rücksicht genommen sei.

Weitere Erkundigungen bei Fachleuten haben ergeben, daß die Sämereien nahezu um $^2/_3$ zu hoch eingesetzt seien, so daß, was zum Beweise durch Expertise in Verbindung mit den Büchern des Beklagten verstellt werde, der Inventarsaldo, nach den in Art. 7 des Vertrages enthaltenen Normen richtig gestellt auf nicht höher als Fr. 10,000 angeschlagen werden könne, und daß das Inventar jedenfalls nicht annähernd einen Werth von Fr. 25,000 repräsentire.

Für den Fall, daß der Societätsvertrag als für den Kläger unverbindlich erklärt werde, verlangt der Kläger nicht nur Rückgabe der Cession, sondern auch Ersatz des weitern Schadens, welchen ihm der Beklagte durch seine betrügerische Handlung zugefügt habe und zwar gestützt auf Art. 50 u. 51 des O.-R. Bezüglich der Größe der Entschädigung wird richterliches Ermessen angerufen, wobei vor Allem der Zeitverlust in Betracht zu ziehen sei, den der Kläger erlitten habe. Im Vertrag sei demselben abgesehen von der Tantième ein Monatssalair von Fr. 200 zugesichert gewesen; der Kläger rechne nun mindestens 5 Monate à Fr. 200 = Fr. 1000. Ohne das Dazwischentreten des Beklagten hätte er in einem andern Geschäfte Anstellung gefunden, er habe nämlich auf sein Inserat noch andere Offerten erhalten, so von Gebr. Scherer, Weinhandlung in Luzern.

Eventuell verlangt der Kläger Aufhebung der Societät auf Grund des Art. 547 des O.-R., indem er einerseits darauf verweist, daß der Beklagte ihm das Salair vorenthalte, und anderseits zum Beweise verstellt, daß der Beklagte ihm von Ende Oktober an den Zutritt zu den Geschäftslokalitäten verweigert und seinen Angestellten befohlen habe, den Kläger hinauszuwerfen, als dieser versucht habe, sein Recht als Associé auszuüben.

D. Da von Seiten des Beklagten bestritten wurde, daß das vom Kläger zu den Akten gebrachte sogenannte Inventar demselben bei den Vertragsunterhandlungen vorgelegt worden sei, und sein Vertreter in der Referentenaudienz sich näher dahin aussprach, es sei das eine alte Zusammenstellung, welche gar nicht als maßgebend betrachtet worden sei, man sei vielmehr davon ausgegangen, es solle ein Inventar nach den im Vertrag aufgestellten Grundsätzen erst erstellt werden, was dann auch geschehen sei, so wurde dem Beklagten aufgegeben, das von ihm angefertigte Inventar zu den Akten zu bringen. Derselbe reichte dann binnen der ihm angesetzten Frist das unter Akt 21 bei den Akten liegende Inventarbuch ein, welches auf Seite 28 eine Rekapitulation der Aktiven und Passiven mit einem Saldovortrag von rund Fr. 25,000 enthält. Dieses Inventar ist vom Beklagten mit Datum vom 24. Juli 1887 unterzeichnet. Auf Seite 22 unten findet sich eine vom 10. November d. J. datirte Bescheinigung des Stadtammannamtes Zürich, daß eine auf die Richtigkeit der Quantitätsangaben vorgenommene Prüfung keine unrichtigen Aufzeichnungen zu Tage gefördert habe.

E. In der Hauptverhandlung beantragte der Vertreter des Beklagten Abweisung der

Klage und stellte für den Fall, daß die Gesellschaft aufgelöst würde, die Eingangs erwähnte Widerklage; er bemerkte jedoch, daß er letztere nur behandelt wissen wolle, sofern seinem Antrage nicht Folge gegeben werden sollte, der dahin gehe, es möchten die Entschädigungsansprüche, welche der Kläger für den Fall der Auflösung der Societät stelle, ad separatum verwiesen werden. Der Beklagte läßt auf die Klage im Weitern entgegnen:

Es werde bestritten, daß eine Ueberrumplung des Klägers stattgefunden; derselbe habe hinlänglich Zeit gehabt, das Geschäft in jeder Richtung zu prüfen und es auch nicht unterlassen, die Waarenvorräthe in eingehender Weise zu besichtigen. Die Behauptung des Klägers, es seien ihm unrichtige Angaben und Vorspiegelungen über die Größe der Kundschaft und den Werth der Waarenvorräthe gemacht worden, werde in Widerspruch gesetzt. Der Katalog, welchen der Kläger eingelegt habe, um zu zeigen, daß die im sogenannten Inventar vom Juli 1887 verzeichneten Preise die Verkaufspreise seien, könne nicht maßgebend sein, weil die darin enthaltenen Ansätze vor 2 Jahren Gültigkeit gehabt haben. Zum Beweise dafür, daß die Preise im Inventar bedeutend niedriger seien, als die Verkaufspreise, produzire er Cataloge von mehreren bedeutenden Samenhandlungen.

Selbst wenn übrigens einzelne Gegenstände im Inventar zu hoch angesetzt wären, so sei dieser Umstand an sich nicht geeignet, den Thatbestand von Art. 24 des O.-R. zu begründen. Die Anordnung einer Expertise über den Werth der Waarenvorräthe, insbesondere über die Keimkraft der Samen, welche nur durch Proben erhärtet werden könne, würde mit kolossalen Kosten verbunden sein.

Ebenso wenig liegen wichtige Gründe zur Auflösung der Societät im Sinne von Art. 547 des O.-R. vor. Daß der Beklagte dem Kläger den Zutritt zu den Geschäftslokalitäten verboten und den Angestellten befohlen habe, den Diggelmann hinauszuwerfen, werde bestritten. Dagegen hätte allerdings der Beklagte Grund, sich über das unqualifizirbare Benehmen des Klägers zu beschweren, welcher darauf ausgegangen sei, ihn (Dürr) so lange zu chikaniren, bis er in die Aufhebung des Vertrages einwillige. Wenn der Kläger sein Salair nicht bezogen habe, so werde er eben gefunden haben, er habe nichts verdient; in der That sei er nur sehr selten und ganz vorübergehend im Geschäfte thätig gewesen, wofür Beweis anerboten werde. Es gebühre demselben daher auf jeden Fall keine Entschädigung, dagegen müsse dem Beklagten eine solche gesprochen werden, wenn aus irgend welchem Grunde die Auflösung der Gesellschaft ausgesprochen werden sollte. Der Beklagte habe nämlich im Hinblick auf die Einlage des Klägers ein größeres Verkaufslokal und ein weiteres Magazin gemiethet und zwar auf Jahre; dadurch erwachse ihm für den Fall der Auflösung der Gesellschaft ein bedeutender Schaden. Wenn es ihm nicht gelinge, einen andern Associé zu finden, so sei er gezwungen, die eingegangenen Verträge unter großen Opfern wieder aufzulösen. Ferner sei der Beklagte verhindert gewesen, Reisen zu machen, da Niemand zur Besorgung des Bureau und Magazins da gewesen sei. Gerade in den Monaten Oktober-Dezember sei die Hochsaison, wo die Reisen hätten unternommen werden sollen. Im Weitern seien verschiedene Cataloge, Etiquetten etc. mit der Firma Dürr und Diggelmann angefertigt worden, die unbrauchbar werden, wenn dieselbe aufgelöst würde. Es werde der Beweis anerboten, daß dem Beklagten durch den Austritt des Klägers ein Schaden von Fr. 5000 entstehe.

Entscheidungsgründe:

1. Der Kläger verlangt, indem er sein Rechtsbegehren in erster Linie auf Art. 24 in Verbindung mit Art. 18 und 19 des O.-R. stützt, daß der mit dem Beklagten abgeschlossene Gesellschaftsvertrag als für ihn unverbindlich erklärt werde. Das eventuelle Rechtsbegehren, es möchte der Vertrag auf Grund des Art. 547 des O.-R. aufgehoben werden, setzt die Existenz eines an sich für beide Theile verbindlichen Vertrages voraus und ist daher nur zu behandeln, wenn die Anfechtungsklage nicht durchdringt. Da ferner für denjenigen Contrahenten, welcher durch betrügerische Handlungen des andern zum

Vertragsabschluß verleitet worden ist, der Vertrag auch dann nicht verbindlich ist, wenn der erregte Irrthum kein wesentlicher war, bedarf es zunächst der Herbeiziehung der Art. 18 und 19, welche vom wesentlichen Irrthum handeln, nicht.

2. Der Art. 24 setzt nicht einen strafrechtlichen Betrug voraus, es genügt, daß der eine Contrahent durch eine vom andern beabsichtigte Täuschung zur Eingehung des Vertrages veranlaßt worden ist. Der Kläger behauptet, er sei zum Vertragsabschluß verleitet worden durch die falsche Vorspiegelung, der Inventarwerth des Geschäftes des Beklagten betrage mindestens Frkn. 25,000, wenn die Aktiven nach den im Vertrag aufgestellten Grundsätzen berechnet werden. Zunächst steht fest, daß die Einlage des Beklagten vertraglich fixirt worden ist auf den in seinem Geschäfte liegenden Werth. Statt aber zu sagen, es solle derselbe erst durch ein Inventar festgestellt werden, das nach den und den Grundsätzen aufzunehmen sei, hat man es unternommen, den Werth dieser Einlage sofort zu beziffern. Es ist aber mit Rücksicht auf die kurze Dauer der Vertragsunterhandlungen sofort klar, daß diese Werthbestimmung unmöglich auf einer genauen Feststellung der zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhandenen Aktiven und Passiven beruhen kann. Die Frage nun, ob der Kläger zur Anerkennung des Einlagewerthes von Fr. 25,000 gelangt sei, in Folge einer betrügerischen Handlung des Beklagten, kann schon auf Grundlage der vorliegenden Akten bejaht werden.

3. Die Darstellung des Klägers, er sei vom Beklagten durch Vorlegung eines Inventars, welches einen Aktivsaldo von ca. Fr. 30,000 gezeigt habe, veranlaßt worden, den Werth von Fr. 25,000 als ausgewiesen anzunehmen, ist zwar bestritten, allein es unterliegt nicht dem geringsten Zweifel, daß ein solches vorgelegen haben muß. Es geht dies einmal hervor aus dem Umstande, daß man überhaupt dazu gelangte, die Einlage des Beklagten ziffermäßig zu fixiren; ohne schriftliche Aufzeichnungen wäre dies gar nicht möglich gewesen. Daß der Werth des Geschäftes etwa an Hand seiner Bücher ermittelt worden sei, behauptet der Beklagte selbst nicht. Von ganz entscheidender Bedeutung ist aber der Wortlaut des Vertrages selbst. In Art. 2 ist gesagt, Titus Dürr, Sohn, mache eine Einlage von Fr. 25,000 durch Waarenwerth, Mobilien und Baarschaft „laut Inventar vom 24. Juli 1887“, die Auslegung, der Ausdruck „Inventar“ sei gleichbedeutend mit „Waarenbestand“, ist aus dem einfachen Grunde zurückzuweisen, weil sich aus einem solchen noch keine Taxation der Waarenvorräthe ergeben würde; hiegegen spricht ferner die Ausdrucksweise in Art. 6, das Geschäft von Titus Dürr & Cie. werde mit Aktiven und Passiven *auf Grundlage des Inventars* vom 24. Juli 1887 übernommen. Den letzten Zweifel beseitigt endlich Art. 7, worin gesagt ist, bei obbemerktem Inventar seien die Aktiven nach gewissen, speziell angegebenen Grundsätzen, die Waarenvorräthe z. B. zum Ankaufspreise, ältere jedoch unter angemessener Abschätzung *berechnet worden*. Hiedurch wird auch die Behauptung des Beklagten widerlegt, man habe die Erstellung eines Inventars erst in Aussicht genommen; es fällt daher das nachträglich angefertigte und zu den Akten gebrachte Inventar überall außer Betracht.

4. Auf Grund der schriftlichen Eingabe des Vertreters des Beklagten, worin dieser die Identität der vom Kläger eingelegten Aufstellung (Akt 3) mit dem wirklichen und einzig maßgebenden Inventar bestritt, und sich anheischig machte, letzteres in Abschrift zu produziren, hätte man zwar annehmen können, der Beklagte mache dem Kläger zum Vorwurfe, er habe an Stelle eines beim Vertragsabschluß wirklich vorgelegenen Inventars ein anderes unterschoben. Allein aus den Ausführungen des Beklagten in der Hauptverhandlung geht hervor, daß derselbe nur behaupten will, es sei ein Inventar überhaupt nicht, beziehungsweise es sei das sogenannte Inventar vom Mai 1887 nicht vorgelegt worden in der Meinung, daß dasselbe maßgebend sein bezw. die Grundlage des Vertrages bilden solle. Hieraus ergiebt sich unter der Voraussetzung, es sei bei dem Vertragsabschluß ein Inventar wirklich vorgelegt worden, daß dies jedenfalls kein anderes, als das

vom Kläger produzirte gewesen sein kann. Die Ausführungen des Beklagten über den Zweck und die Bedeutung dieser Aufstellung beweisen wohl am besten die Haltlosigkeit seiner ganzen Darstellung. Wozu denn die Aufführung der Kreditoren und Debitoren, wozu die Recapitulation der Aktiven und Passiven in einem Verzeichniß, das lediglich dazu dienen soll, zu ersehen, was für Anschaffungen gemacht werden müssen?

5. Das unter Akt 3 bei den Akten liegende Inventar, welches nach dem Gesagten dem Vertrag zu Grunde gelegt wurde, ist falsch. Einmal ergibt eine Vergleichung desselben mit dem vom 1. Januar 1886 datirten Preiscourant (Akt 7), daß die Waaren nicht, wie dies in Art. 7 des Vertrages vereinbart war, zu den Facturapreisen, sondern zu den Verkaufspreisen eingesetzt sind. Der Beklagte hat zwar bestritten, daß dieser Preiscourant maßgebend sei, weil derselbe aus einer frühern Zeit datire, er hat aber unterlassen, zu zeigen, daß seine Verkaufspreise im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses andere gewesen seien, obschon ihm das an Hand eines neuern Preiscourantes ein Leichtes gewesen wäre. Es leuchtet auch sofort ein, daß binnen $1^1/_2$ Jahren nicht bei allen Artikeln ein Preisaufschlag in dem Maße eingetreten sein kann, daß das, was früher Verkaufspreis war, im Juli ds. Js. Ankaufspreis gewesen wäre. — Kläger macht sodann mit Recht geltend, daß die zehnfach übersetzten Ansätze auf pag. 11 des Inventars unten sich nicht auf ein bloßes Versehen zurückführen lassen. Es ist gar nicht gedenkbar, daß bei einer so einfachen arithmetischen Operation, wie sie hier in Frage kommt, derselbe Rechnungsfehler sich so oft wiederhole. — Das Inventar führt ferner unter den Guthaben ein solches von Fr. 4132 auf einen gewissen Wiesmann auf, während Letzterer zugestandenermaßen dem Beklagten nichts schuldet, anderseits wird derselbe Wiesmann nur mit Fr. 4132 als Gläubiger notirt, obschon er nach dem neu angefertigten Inventar Frkn. 7579. 80 Cts. zu fordern hat. Kommt endlich noch hinzu, daß in Art. 7 des Vertrages zugesichert war, die Waarenvorräthe seien unter Rücksichtnahme auf Alter und Keimkraft berechnet worden, während der Beklagte heute vortragen läßt, eine Prüfung auf die Keimkraft der Samen erfordere weitläufige Untersuchungen, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß das Inventar vom Beklagten mit dem Bewußtsein, es entspreche dasselbe weder den thatsächlichen Verhältnissen, noch den vertraglich gegebenen Zusicherungen, vorgelegt worden ist, selbstverständlich in der Absicht, im Kläger den Glauben zu erwecken, das Geschäft sei eher mehr als Fr. 25,000 Werth, er habe daher unter keinen Umständen etwas zu riskiren. Ein redliches Motiv für die Vorlegung eines Inventars, in welchem die Aktiven viel zu hoch, die Passiven zu klein angesetzt sind, ist nämlich nicht erfindlich.

Damit ist aber die Voraussetzung von Art. 24 des O.-R., eine beabsichtigte Täuschung, geeignet, den Kläger zur Eingehung des Vertrages zu veranlassen, ohne Weiters gegeben. Wenn der Beklagte behauptet, ein allfälliger im Kläger erregter Irrthum sei deshalb ohne Bedeutung, weil der Einlagewerth von Fr. 25,000 effektiv doch vorhanden sei, so ist zu erwidern, daß der Irrthum kein wesentlicher zu sein braucht, ein solcher im Beweggrunde reicht aus.

Unter allen Umständen aber wäre es, nachdem das Inventar sich als gefälscht herausgestellt hat, Sache des Beklagten, zu beweisen, daß sein Geschäft einen Nettowerth von Fr. 25,000 doch gehabt habe; ein solcher Beweis ist aber nicht nur nicht anerboten worden, die Ausführungen des Vertreters des Beklagten tendiren gegentheils dahin, die Schwierigkeit einer auch nur ungefähren Schatzung der Waarenvorräthe darzuthun. Damit erledigt sich auch die Einrede des Beklagten, der Kläger habe seinen Irrthum der eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben (Art. 23 des O.-R.); eine solche ist übrigens nur dann von Bedeutung, wenn den Mitkontrahenten keine Schuld trifft.

6. Der Gesellschaftsvertrag ist somit als für den Kläger unverbindlich zu erklären. Es hat das einmal zur Folge, daß derselbe die auf Grund des Vertrages bereits gemachte Leistung zurückfordern kann; der Beklagte ist also zu verpflichten, die ihm abgetretene Forderung von Fr. 10,000 zurückzucediren.

Sodann kann der Kläger Ersatz des weitern, ihm aus der unerlaubten Handlung des Beklagten entstandenen Schadens fordern. (Art. 50 des O.-R.). Gegen das Nachbringen dieses in der Weisung allerdings nicht enthaltenen Anspruches ist vom Beklagten nichts eingewendet worden. Wenn jedoch der Kläger zur Berechnung des Schadens die Bestimmungen des Vertrages über das Salair herbeiziehen will, so beruht dies auf einer unrichtigen Auffassung. Wird ein Vertrag als für den einen Contrahenten unverbindlich erklärt, so kann dieser nur dasjenige als Schaden einklagen, was er gehabt hätte, wenn der Vertrag überhaupt nicht zu Stande gekommen wäre. Es ist nun nicht bestritten, daß dem Kläger auf sein Inserat unter Anderm von Gebrüder Scherer in Luzern eine Anstellung auf den 20. September ds. Js. mit einem Monatssalair von Fr. 100 offerirt worden ist. Es wird ihm daher unter allen Umständen der Verdienstausfall zu ersetzen sein, welchen er bis Ende des Jahres, also während ca. 3½ Monaten erleidet; berücksichtigt man weiter, daß es ihm möglicherweise auch dann nicht sofort gelingt, eine Anstellung zu finden, so dürfte eine Entschädigung von Fr. 500 als angemessen erscheinen.

7. Die Widerklage, welche auf Ersatz des dem Beklagten aus der Auflösung der Societät entstehenden Schadens gerichtet ist, fällt, da der Vertrag auf Grund einer unerlaubten Handlung des Beklagten als für den Kläger unverbindlich gilt, ohne Weiteres dahin.

8. Der Beklagte und Widerkläger hat als unterliegende Partei die Kosten zu tragen und den Kläger prozeßualisch zu entschädigen.

Schluss:

1. Der von den Parteien am 24. Juli d. J. abgeschlossene Gesellschaftsvertrag wird als für den Kläger unverbindlich aufgehoben und der Beklagte verpflichtet:
   a. Die ihm abgetretene Forderung von Fr. 10,000 auf Heß-Tempelmann in Pfäffikon an den Kläger zurückzucediren;
   b. demselben Fr. 500 Schadenersatz zu bezahlen.
2. Die Widerklage ist abgewiesen.
3. Die Staatsgebühr ist auf Fr. 250 festgesetzt.
4. Der Beklagte und Widerkläger hat die Kosten des Prozesses zu tragen.
5. Derselbe hat dem Kläger und Widerbeklagten eine Prozeßentschädigung von Fr. 100 zu bezahlen.
6. Mittheilung an die Parteien.

Anmerkung. Die von Titus Dürr gegen dieses Urtheil eingereichte Kassationsbeschwerde ist vom Kassationsgericht Zürich mit Beschluß vom 24. April 1888 als unbegründet abgewiesen worden.

Das Retentionsrecht

des Vermiethers an fremden (d. h. nicht *dem Miether) gehörenden Gegenständen. Guter Glaube als Voraussetzung des Ansqruches (Art. 294 Abs. 2 und 227.) Derselbe ist ausgeschlossen, wenn ein Stellvertreter des Vermiethers (Verwalter des vermietheten Hauses) rechtzeitig vom Eigenthum des Dritten unterrichtet worden ist. Anwendung des Art. 41 auf solche Verhältnisse.*

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 24. März 1888.

Der Sekundarlehrer Rudolf Grob-Egli in Thalweil vermiethete im August 1887 einen Laden mit Magazin und die Wohnung im II. Stock des seiner Ehefrau eigenthümlich gehörenden Hauses No. 3 an der Froschaugasse-Zürich an den Korbflechter J. Schneider. In der schriftlichen Vertragsurkunde ist gesagt, daß Grob-Egli den Vertrag „als Verwalter“ des genannten Hauses abschließe, jedoch ohne irgend welche Andeutung dahin gehend, daß das Haus seiner Ehefrau gehöre und er somit kraft der ehelichen Vormundschaft als Verwalter *für diese* handle. Als jährlicher Miethzins wurde die Summe von 950 Fr. vereinbart, zahlbar in vierteljährlichen Raten, das erste Mal mit dem 1. Jenner 1888 und der Beginn der Miethe auf den 1. Oktober 1887 festgesetzt. Am 31. Oktober 1887 vermiethete Gemeindrathsschreiber Rubli

in Seen dem Schneider eine größere Anzahl hausräthlicher Gegenstände in der Meinung, daß dieselben nächster Tage in die von Grob-Egli gemiethete Wohnung gebracht werden dürfen. Am 1. November 1887 ließ Rubli *der Wittwe Anna Maria Egli geb. Schenk, Mutter der Hauseigenthümerin Frau Grob-Egli in Thalweil* durch das Stadtammannamt Zürich die amtliche Anzeige zugehen, daß die und die speziell aufgezählten Gegenstände ihres Miethers Schneider, die derselbe Morgen den 2. November in die Wohnung bringen werde, sein, des Rubli Eigenthum seien und somit für allfällig rückständigen Miethzins nicht retinirt werden dürfen. Am 2. November bescheinigte Wittwe Egli geb. Schenk, *die in dem betreffenden Hause No. 3 an der Froschaugasse wohnt, und welcher dieses Haus für gewisse Nutzniessungsansprüche als Pfand haftet,* den Empfang der amtlichen Anzeige. Sie behielt dieselbe ohne jemals zu reklamiren, daß sie die Sache nichts angehe, sondern eine bezügliche Anzeige an ihren Tochtermann, Sekundarlehrer Grob in Thalweil als ehelicher Vormund seiner Frau gerichtet werden müsse. Wann nun die dem Rubli gehörenden Gegenstände in die Miethwohnung des Schneider gebracht worden sind, ist streitig. Die Vermietherin Frau Grob behauptet, die Einbringung habe schon 1 oder 2 Tage vor dem 2. November stattgefunden und anerbietet dafür Beweis, während Rubli geltend macht, daß die Gegenstände bis am 5. November mit Beschlag belegt gewesen und erst an diesem Tage vom Gemeindammannamt Außersihl an Schneider aushingegeben und von demselben in die Miethwohnung gebracht worden seien, wofür ein Zeugniß des Gemeindammannamtes beigebracht wird.

Rubli behauptet, noch bevor er die fraglichen Gegenstände an Schneider vermiethet habe, nämlich am 30. Oktober 1887, sei er persönlich in das Haus No. 3 an der Froschaugasse gegangen, habe eine daselbst wohnende Mietherin, Frau Wartmann-Grimm nach dem Hauseigenthümer gefragt und darauf die Antwort erhalten, das Haus gehöre der in demselben wohnenden Wittwe Anna Maria Egli geb. Schenk und da diese Auskunft von Schneider bestätigt worden sei, so habe er die amtliche Anzeige natürlich auch an die Wittwe Egli abgehen lassen müssen. Thatsache ist auch, daß in dem von der Stadtpolizei im August 1885 herausgegebenen amtlichen Häuserverzeichniß als Eigenthümerin des Hauses No. 3 an der Froschaugasse die Wittwe Anna Maria Egli geb. Schenk genannt ist.

Am 1. Januar 1888 wurde dem Schneider die Wohnung auf 1. April gekündet und am 19. April wirkte Grob-Egli eine Retentionsbewilligung auf sämmtliche Illaten desselben aus zur Sicherung von 237 Fr. 50 am 31. Dezember 1887 verfallenen und 237 Fr. 50 bis 1. April 1888 laufenden Miethzins. Als Rubli von dieser Retention Kenntniß erhielt, verlangte er die Aufhebung derselben bezügl. der ihm eigenthümlich gehörenden Gegenstände, allein die Vermietherin widersetzte sich dem Begehren, weil sie das behauptete Eigenthum zunächst nicht anerkennen könne und übrigens das Retentionsrecht auch am Eigenthum des Rubli entstanden sei, weil sie von diesem keine Kenntniß gehabt habe. Die Mutter Egli sei nicht ermächtigt gewesen, die Anzeige vom 1. November 1887 entgegenzunehmen, denn wenn sie auch im Hause wohne, zufolge dessen von den Miethern Reclamationen entgegennehme, den Abschluß neuer Miethverträge vorbereite, dieß auch gegenüber Schneider gethan und demselben ebenso (dieß jedoch erst nach eingeholter Zustimmung) auf 1. April 1888 gekündet habe, so dürfe sie doch nicht überhaupt und allgemein als ihre Stellvertreterin angesehen werden. Im summarischen Verfahren konnte die Sache nicht erledigt werden und der Audienzrichter wies deßhalb den Rubli mit seinem Begehren auf den Weg des ordentlichen Prozeßes. Dieser leitete wirklich den Streit beim Friedensrichteramt ein und nahm gegenüber der Frau Grob-Egli in Thalweil Weisung hinaus über die Rechtsfrage, ob nicht ihr Retentionsanspruch bezüglich der ihm gehörenden Gegenstände unbegründet sei. Das Einbringen der Gegenstände in die Miethwohnung habe erst am 5. November stattgefunden, die amtliche Anzeige aber sei der Wittwe Egli schon am 2. November

zugekommen und von ihr sofort an die Eheleute Grob in Thalweil übermittelt worden, sodaß auch diese noch vor dem 5. November von seinem Eigenthum Kenntnis gehabt haben. Eventuell genüge die Kenntniß der Mutter Egli vollständig, weil sie als Stellvertreterin der Beklagten angesehen werden müsse. Sie habe von jeher die Miether gesucht durch Ausschreibung in öffentlichen Blättern, alle Reclamationen von solchen entgegengenommen, Retentionen ausgewirkt und sich überhaupt gegenüber allen Hausbewohnern so benommen, daß diese sie haben als Eigenthümerin ansehen und dem Rubli als solche bezeichnen dürfen. Die Beklagte anerkannte nunmehr das Eigenthum Rublis an den betreffenden Gegenständen, hielt aber den Retentionsanspruch dennoch fest, weil sie von jenem Eigenthum nie Kenntniß gehabt habe und die Kenntniß ihrer Mutter unerheblich sei, einmal weil dieselbe nicht als ihre Stellvertreterin angesehen werden dürfe und sodann weil die Gegenstände bereits eingebracht gewesen seien, als dieselbe die amtliche Anzeige erhalten habe.

Das Bezirksgericht wies die Klage des Rubli ab, weil die Beklagte von seinem Eigenthum keine Kenntniß gehabt habe. *Die zweite Instanz hob aber dieses Urtheil auf und wies die Akten zurück mit der Auflage, dem Kläger den offerirten Beweis dafür abzunehmen, dass die Mutter Egli die amtliche Anzeige ihrem Tochtermann noch vor dem 5. November zugestellt und dass eventuell erstere sich mit Zustimmung des letztern nach aussen so benommen habe, dass sie als die über das Haus verfügungsberechtigte Person habe angesehen werden müssen. Der Beklagten sei der anerbotene Gegenbeweis dafür abzunehmen, dass die Gegenstände schon 1 oder 2 Tage vor dem 2. November in die Miethwohnung gebracht worden seien.*

Gründe:

1. Die erste Instanz hat die Klage aus dem Grunde abgewiesen, weil die amtliche Anzeige, worin Kläger dem Vermiether der Schneiderschen Wohnung Kenntniß von dem ihm an verschiedenen Illaten des letztern zustehenden Eigenthum zu geben beabsichtigte, nicht jenem, sondern einer dritten Person zugekommen sei und daher die Entstehung des Retentionsrechtes nicht gehindert habe. Diese Annahme ist nun aber eine verfrühte und darf zur Zeit nicht als Thatsache angesehen werden, weil der Kläger behauptet und ausdrücklich den Beweis dafür anerboten hat, daß jene Anzeige nicht bloß der Frau Egli, sondern auch deren Tochter und Hauseigenthümerin Frau Grob und zwar vor dem Einbringen der in Frage kommenden Illaten in die Miethwohnung zugekommen sei. Es ist selbstverständlich, daß dieses Beweisanerbieten nicht unberücksichtigt gelassen werden darf, sondern gehört werden muß, denn gelingt der Beweis, so steht fest, daß sich die Beklagte beim Einbringen der fraglichen Gegenstände in die Miethwohnung nicht im Glauben befand, es gehören solche dem Miether, sondern vom Gegentheil unterrichtet war und somit auch kein Retentionsrecht erwerben konnte. (Art. 294 Abs. 2 und 227 des O.-R.)

2. Die bezirksgerichtliche Argumentation ist aber auch insofern eine mangelhafte als aus dem Nichtempfang der amtlichen Anzeige Seitens der Beklagten ohne Weiters geschlossen wird, daß sie sich beim Einbringen der betreffenden Gegenstände in gutem Glauben befunden habe, denn dieß ist rechtlich nicht der Fall, sobald mit dem Kläger angenommen werden muß, daß die Mutter Egli jene amtliche Anzeige als Stellvertreterin ihrer Tochter, der Beklagten, in Empfang genommen habe und in Empfang zu nehmen befugt gewesen sei, weil das Wissen des Stellvertreters rechtlich dem eigenen Wissen des Vertretenen gleichkommt. Es muß demnach auf die Frage dieser behaupteten Stellvertretung eingetreten werden. Sie ist erheblich für den Fall, als der in Erwägung 1 genannte Beweis nicht geführt werden kann. Das Stellvertretungsverhältniß wird daraus abgeleitet, daß Wittwe Egli sich im Verkehr mit den Miethern stets so benommen habe, wie wenn sie selbst Eigenthümerin des Hauses wäre und ihre dießbezüglichen Handlungen und Aeußerungen den Schluß begründen, daß sie im Einverständniß mit der Beklagten gewesen und von

ihr mit der Verwaltung des Hauses betraut worden sei. In dieser Beziehung sind schon in erster Instanz eine Reihe von Beweisanerbieten gemacht worden, welche unzweifelhaft erheblich sind, Ergibt sich als richtig, was klägerischerseits behauptet wird, daß Frau Egli Miethverträge abgeschlossen, Miether durch Ausschreibung in öffentlichen Blättern gesucht, Reklamationen von solchen entgegengenommen, Retentionen auf ihren Namen ausgewirkt, sich überhaupt im Verkehr mit den übrigen Hausbewohnern so benommen habe, daß letztere sie als Eigenthümerin des Hauses haben ansehen und auch dem Kläger als solche bezeichnen dürfen, so darf wohl unbedenklich angenommen werden, es liege hier die Voraussetzung von Art. 41 des O.-R. vor, in diesen Vorgängen sei eine thatsächliche Kundgebung der Stellvertretungsbefugniß durch die Vertretene enthalten, deren allfälliger Widerruf dem Kläger als gutgläubigem Dritten gegenüber nicht geltend gemacht werden könne. Daß die Beklagte das Benehmen ihrer Mutter in dieser Beziehung gekannt und gebilligt habe, kann nämlich eventuell nicht bezweifelt werden, wenn man einerseits das verwandtschaftliche Verhältniß und anderseits den Umstand in Betracht zieht, daß die Eheleute Grob in Thalweil wohnen, deßhalb keine Gelegenheit haben, die Verwaltung des in Zürich befindlichen Hauses selbst zu besorgen und daraus sich von selbst ergibt, daß diese Aufgabe der im Hause sich befindlichen Schwiegermutter übertragen worden sein muß. Es dürfte sich nur fragen, ob das vom Kläger behauptete Stellvertretungsverhältniß nicht schon bei gegenwärtiger Aktenlage als bewiesen angenommen werden könne, wenn berücksichtigt werden einmal die Zugeständnisse des Grob im summarischen Verfahren, die Thatsache, daß im amtlichen Häuserverzeichniß die Frau Egli als Hauseigenthümerin comparirt und endlich der Umstand, daß auch aus dem mit Schneider abgeschlossenen Miethvertrag, worin Grob sich als „Verwalter“ und nicht speziell als ehelicher Vormund bezeichnet, ein sicherer Schluß mit Beziehung auf die Eigenthumsverhältnisse am Hause nicht zu ziehen war. Indessen wäre es wohl etwas gewagt, hier einfach auf diese mehr vereinzelten Momente, welche sich zum Theil auch Anders als aus dem Bestehen einer der Frau Egli ertheilten Vollmacht erklären lassen, abzustellen und rechtfertigt es sich um so mehr, das Beweisverfahren auch auf diese Verhältnisse auszudehnen als es ohnehin eingeleitet werden muß.

3. Gleichzeitig ist sodann endlich festzustellen, wann die Fahrhaben des Klägers in die von Schneider gemiethete Wohnung gelangt sind, denn dieses für die Frage, ob dem Vermiether das Eigenthum des Klägers von Anfang an bekannt gewesen sei, bedeutsame Moment ist durch die Akten nicht völlig aufgeklärt. Allerdings begründet das Zeugniß des Gemeindammannamtes Außersihl eine gewisse Vermuthung dafür, daß die Einbringung in die Miethwohnung in der That erst am 5. November erfolgte. Allein auf der andern Seite hat der Vertreter der Beklagten behauptet und den Beweis dafür ausdrücklich offerirt, daß der Miether schon einige Tage vor Zustellung der amtlichen Anzeige im Besitze der Fahrhaben gewesen sei und so unglaubwürdig diese Angabe auch ist, so kann man doch nicht sagen, daß dieselbe jetzt schon hinlänglich widerlegt und das an sich gewiss erhebliche Beweisanerbieten deßhalb nicht zu berücksichtigen sei.

Zur Frage der Gültigkeitsdauer des gerichtlichen Pfandrechtes.

(§ 75 des zürcherischen Schuldbetreibungsgesetzes und § 12 der Verordnung betr. die Pandbücher.)

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 31. Jenner 1888.

Am 19. Februar 1886 wurde bei einem Schuldner gepfändet, die Ehefrau desselben sprach aber sämmtliche Pfandgegenstände als Eigenthum an und es kam zum Vindikationsprozeß. Der Pfandgläubiger übertrug die Führung dieses Prozeßes mittelst Vollmacht vom 14. April 1886 einem Anwalt.

Das Urtheil wurde am 8. Dezember 1886 gefällt und damit die Eigenthumsansprache theilweise gutgeheißen, theilweise aber auch abgewiesen. Von diesem Ausgange des Prozeßes erhielt das Gemeindammannamt am 1. Januar 1887 Kenntniß. Gemäß Vorschrift des § 75 des Schuldbetreibungsgesetzes wartete dasselbe sodann noch 4 Wochen auf ein allfälliges Versilberungsbegehren, das bezüglich der dem Pfandgläubiger zugesprochenen Gegenstände von diesem gestellt werden möchte und als ein solches innerhalb der genannten Frist nicht einging, löschte es das Pfandrecht als in Folge Zeitablaufs untergegangen. Als darauf der Anwalt, welcher den Vindikationsprozeß für den Pfandgläubiger geführt hatte, von diesem Bezahlung seiner Rechnung verlangte, bestritt derselbe die Schuldpflicht und verlangte gegentheils Ersatz des Schadens, der ihm aus dem Untergang des Pfandrechtes in Folge Zeitablaufs erwachsen sei. Dabei vertrat er die Auffassung und die erste Instanz stimmte ihm bei, daß das Pfandrecht trotz seiner erst Ende Januar 1887 erfolgten Löschung am Pfandprotokoll, weil dem Gemeindammannamt entgegen der Vorschrift des § 12 Abs. 3 der Verordnung betreffend die Pfandbücher von der Existenz des Vindikationsprozeßes keine Kenntniß gegeben worden, mit dem Ablauf der sechsmonatlichen Frist des § 75 des Schuldbetreibungsgesetzes, also am 19. August 1886, *ipso jure* untergegangen sei, weßhalb ein erst nach Erledigung des Vindicationsprozeßes gestelltes Versilberungsbegehren ohne allen Erfolg gewesen wäre. Sache des Anwaltes, — wurde weiter ausgeführt, — wäre es nun aber gewesen, dem Gemeindammannamt von der Existenz des Prozeßes Kenntniss zu geben und so den Untergang des Pfandrechtes zu verhindern, es habe keinen Sinn gehabt, einen die Aufrechterhaltung des Pfandrechtes bezweckenden Prozeß zu führen und dieses gleichzeitig untergehen zu lassen. Darin liege eine grob fahrlässige Handlungsweise, welche den Erwerb des Honoraranspruches ausschließe und den Anwalt zum Schadenersatz verpflichte.

Die zweite Instanz nahm im Gegensatz zu dieser Auffassung an, daß die Unterlassung einer formellen Anzeige Seitens des Anwaltes an das Gemeindammannamt vom Bestand des Vindicationsprozeßes den Untergang des Pfandrechtes nach Ablauf der sechsmonatlichen Frist durchaus nicht zur Folge gehabt habe, sondern dieser erst mit der Löschung am Pfandbuch (Ende Januar 1887) eingetreten sei, und daß demnach sowohl die Bestreitung der Honorarforderung als die Begründung des Schadenersatzanspruches unhaltbar seien.

Gründe:

Die erste Instanz hat ein Verschulden des Klägers angenommen und gefolgert, es sei das Pfandrecht des Beklagten am 19. August 1886 also während des Prozeßes gemäß § 75 des Schuldbetreibungsgesetzes durch Zeitablauf erloschen. Wenn dem so wäre, so hätte der Kläger für seinen Clienten, den heutigen Beklagten allerdings nutzlos prozeßirt. Die Annahme ist aber falsch. In lemma 2 des citirten § 75 ist ausdrücklich der Satz aufgestellt, daß das Pfandrecht dann, wenn über dessen Existenz Streit herrscht, selbst durch Ablauf der sechsmonatlichen Frist während des Prozeßes nicht untergehe. Diese gesetzliche Vorschrift hat der Rechtstriebbeamte zu beachten und er darf deßhalb ein Pfandrecht, über welches Prozeß entsteht, nicht löschen, auch wenn es älter als 6 Monate ist. Dieser Sinn des Gesetzes ist auch in § 12 der Verordnung betreffend die Pfandbücher klar und deutlich zum Ausdruck gebracht. Der Gemeindammann hat von Amteswegen darauf zu achten, ob etwa über bestehende Pfandrechte Prozeß herrscht und es ist ihm in diesem Falle die Löschung geradezu untersagt. Im vorliegenden Falle hat nun der Gemeindammann offenbar durch das Mittel der Betheiligten von der Existenz des Prozeßes Kenntniß erhalten; es ist ihm auch von Amtes wegen von der Erledigung desselben Mittheilung gemacht worden und es stund das Pfandrecht zur Zeit der letztern noch in Kraft. Ein Mehreres hätte aber auch nicht bewirkt werden können, wenn der Kläger das Gemeindammannamt von der Existenz des Prozeßes in Kenntniß gesetzt hätte. Das amtliche Wissen des Gemeindammanns hat hier eine Mittheilung ab Seite

der Partheien vollständig ersetzt und überflüssig gemacht, aus der bezüglichen Unterlassung ist somit dem Beklagten ein Schaden nicht entstanden. (Siehe auch Entscheidung der Appellationskammer in Sachen Weil ca. Gemeindammannamt Freienstein vom August 1882.)

Schenkung,

verborgen in einem Kaufgeschäft.

Die Differenz zwischen dem vereinbarten Preis und dem höhern Werth der Kaufsobjekte als Gegenstand derselben. Das Erforderniß des Schenkungswillens, Anfechtung der Schenkung als einer in pflichtwidriger Absicht (auf den Todesfall im Sinne der §§ 1079 und 1080 des P.-R. G.-B.) vorgenommenen Schenkung.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 13. März 1888.

Am 27. Juni 1883 verkaufte der damals 77 Jahre alte Schreiner Markus Weber in Männedorf sein Heimwesen, bestehend in einem halben Wohnhaus nebst Schopf, (assek. zu 6200 Fr.), ca. 9 Aren Garten und Acker und ca. 4 Aren Reben um den Preis von 7000 Fr. an seine Stieftochter Maria Brennwald. Dabei wurde festgesetzt:

1. daß die Käuferin 1000 Fr. mit Martini 1883 und je 2000 Fr. mit Martini 1884, 1885 und 1886 an den vereinbarten Preis zu bezahlen habe,
2. daß der jeweilen ausstehende Schuldbetrag zu Lebzeiten des Verkäufers unverzinslich, von seinem Todestage an aber à 4 % verzinslich sei,
3. daß für den Verkäufer vorbehalten sei die lebenslängliche, unentgeltliche *Benutzung und Bewohnung* der verkauften Gebäulichkeiten *und des Landes.*

Am 10. April 1887 starb der Verkäufer und hinterließ als einzige Intestaterbin eine Schwestertochter, Frau Elisabetha Guggenbühl. Diese war der Meinung, daß der Kauf vom Jahre 1883 um 3000 Fr. unter dem wahren Werthe der Kaufsobjekte geschlossen worden, also eine Schenkung in diesem Betrage darin versteckt sei und da sie zugleich annehmen zu dürfen glaubte, daß es sich um eine Schenkung auf den Todesfall im Sinne der §§ 1079 und 1080 des P.-R. G.-B. handle, so verlangte sie von der Käuferin die Einwerfung desjenigen Betrages der angeblichen Schenkung in den Nachlaß, um den ihr Pflichttheil verletzt war. Die angeordnete Expertise stellte in einem, von den Partheien nicht weiter angefochtenen Gutachten fest, daß die Kaufsobjekte zur Zeit der Veräußerung (27. Juni 1883) einen Werth von 7802 Fr. gehabt haben und mit Rücksicht auf die Schwankungen der Güterpreise beim Tode des Verkäufers (10. April 1887) eher noch weniger werth gewesen seien. Die Klage wurde abgewiesen.

Gründe:

1. Vorausgesetzt, der im Kaufvertrag vom 27. Juni 1883 festgesetzte Preis entspreche dem wirklichen Werth der Kaufsobjekte nicht, sondern bleibe vielmehr hinter demselben zurück, so liegt nicht ein reiner Kauf, sondern ein negotium mixtum donatione, d. h. ein aus Kauf und Schenkung gemischtes Rechtsgeschäft vor, jedoch immerhin nur dann und nur insoweit, als die Differenz zwischen dem wirklichen Werth der Kaufsobjekte und der dafür versprochenen Gegenleistung eine so bedeutende ist, daß sie vom Verkäufer unzweifelhaft erkannt werden mußte und somit einen sichern Schluß auf das Vorhandensein des Schenkungswillens gestattet.

2. Liegt eine Schenkung vor, so kann daran nicht gezweifelt werden, daß dieselbe vorgenommen worden ist in der Absicht, die Bestimmungen des Erbgesetzes über den Pflichttheil zu umgehen und deshalb insoweit angefochten werden kann, als sie eine objektive Pflichtheilsverletzung enthält (§ 1079 des P.-R. G.-B.) Der Beweis für die pflichtwidrige Absicht liegt darin, daß der Erblasser die Schenkung zwar unwiderruflich gemacht, aber zugleich dafür gesorgt hat, daß die Schmälerung des Vermögens nicht ihm selbst, sondern erst seinen Erben fühlbar werde (§ 1080 lit. c. des P.-R. G.-B.) Diese Sorge muß darin gefunden werden, daß der Erblasser sich die ungeschmälerte lebens-

ängliche Nutznießung der sämmtlichen Kaufsbjekte, also namentlich auch des Landes, nicht etwa ein bloßes Wohn- und Winkelrecht im verkauften Hause) vorbehalten und die Käuferin dementsprechend von der Verinsung des Kaufpreises bis zu seinem Tode befreit hat, denn darin liegt der Beweis dafür, daß es sich nicht um eine sofort wirksam werdende Veräußerung des Schenkungswerthes unter Lebenden, sondern bloß darum handelte, den letztern für die Zeit nach dem Tode des Erblassers als nicht zu seinem Nachlaß gehörend darzustellen.

3. Diese Betrachtungen, verbunden mit der anerkannten Thatsache, daß jede vorliegende Schenkung den Pflichtheil der Klägerin verletzt, leiteten das Gericht bei Anordnung der Expertise. Diese hat nun aber ein Resultat ergeben, welches die Behauptung der Klägerin, daß in dem Kaufe vom 27. Juni 1883 eine Schenkung verborgen liege, als durchaus unrichtig erscheinen läßt und es muß aus diesem Grunde die Klage abgewiesen werden. Die gerichtlich angeordnete Schatzung stellt nämlich fest, daß der vereinbarte Kaufpreis (7000 Fr.) bloß 802 Fr. unter dem wirklichen Werthe der verkauften Liegenschaften (7802 Fr.) steht und nun kann mit irgend welcher Sicherheit gewiß nicht behauptet werden, daß sich der Erblasser dieser Differenz bewußt gewesen sei, dann aber hat ihm natürlich auch der Schenkungswille gemangelt und ohne diesen liegt eben eine Schenkung überhaupt nicht vor, also auch keine pflichtwidrige. Die eigene Schatzung des Erblassers kommt dem wirklichen Werthe so nahe, daß man annehmen darf, er habe seine Liegenschaften in Wahrheit nur um den letztern verkaufen wollen.

Rückgriff

des zahlenden Bürgen gegenüber den Mitbürgen (Art. 496, 504 u. 168 des O.-R.).

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 20. März 1888.

Von drei Bürg- und *Selbstzahlern* befriedigte einer den Gläubiger und verlangte sodann von den beiden andern Rückvergütung von zwei Dritttheilen der bezahlten Summe. Da diese die Schuldpflicht überhaupt bestritten, kam es zum Prozeß und hier formulirte der Kläger sein Begehren dahin, daß jeder der beiden Beklagten für die *ganze* eingeklagte Summe haftbar erklärt bezw. als *Solidarschuldner* zur Rückvergütung der auf sie entfallenden zwei Dritttheile einerkannt werden. Dieses Begehren wurde abgewiesen und erklärt, daß zunächst jeder der Beklagten nur für seinen Theil ($^1/_3$ des Ganzen) aufzukommen habe und ein allfälliger, sich aus der Zahlungsunfähigkeit des einen oder andern ergebender Verlust von allen *drei* Bürgen (also auch vom Kläger) gleichmäßig zu tragen sei.

Gründe:

Die Parteien haben gegenüber der Gläubigerin (Leihkasse Neumünster) ausdrücklich mit und neben dem Hauptschuldner nach Art. 495 des O.-R. Solidarhaft übernommen. Nach Art. 496 Abs. 2 des O.-R. haftete somit jeder für die ganze Schuld *mit verhältnissmässigem Rückgriffe gegen die Mitbürgen.* Dieser verhältnißmäßige Rückgriff kommt nun hier in Frage. Was darunter zu verstehen ist, sagt uns aber der Art. 168 des O.-R., welcher die Wirkungen des Rechtsverhältnisses unter mehreren Solidarschuldnern regulirt und somit auf den vorliegenden Fall, wo es sich um ein reines Solidarschuldverhältniß und dessen Wirkungen unter den mehreren Schuldnern handelt, seine direkte Anwendung findet (siehe die bei Art. 496 in den Commentaren von Schneider und Hafner enthaltenen Verweisungen auf den Art. 168).

In dieser Gesetzesbestimmung (Art. 168) wird für den Fall als sich aus dem Rechtsverhältnisse unter den Solidarschuldnern nicht etwas Anderes ergibt, eine Voraussetzung, die hier zutrifft, festgesetzt, daß jeder der mehreren Schuldner von der an den Gläubiger geleisteten Zahlung einen gleichen Theil zu übernehmen habe und daß das, was von einem Mitschuldner nicht erhältlich sei, von den übrigen gleichmäßig getragen werden müsse. Diese Bestimmung ist absolut klar.

Sie schließt die Solidarität unter den Mitschuldnern selbst so deutlich als möglich aus, denn die Bestimmung, daß jeder Schuldner von der an den Gläubiger geleisteten Summe nur einen gleichen Theil zu übernehmen habe, kann unmöglich anders als dahin ausgelegt werden, daß der zahlende Schuldner eben von jedem nur den ihn treffenden Theil und nicht mehr, also nicht von jedem den Gesammtbetrag der auf alle entfallenden Theile verlangen könne und wenn übrigens noch ein Zweifel obwalten könnte, so würde er jedenfalls durch die weitere Bestimmung gehoben, daß, was von einem Mitschuldner nicht erhältlich sei (d. h. der zahlende Schuldner an den diesen Mitschuldner treffenden Theil wegen Insolvenz des letztern nicht erhältlich machen kann) von den übrigen gleichmäßig zu tragen sei. Wenn der Absatz 3 des Art. 168 vorschreibt, daß auf den regreßberechtigten Solidarschuldner *alle* Rechte des von ihm befriedigten Gläubigers übergehen, so darf daraus nicht wieder der mit dem bisher Gesagten im Widerspruch stehende, dahin gehende Schluß gezogen werden, daß die Forderung als Solidarforderung übergehe, denn dem hier statuirten Uebergang der Rechte des Gläubigers auf den zahlenden Schuldner muß ganz selbstverständlich sofort die Einschränkung beigefügt werden: „die Geltendmachung dieser vom Gläubiger erworbenen Rechte gegenüber den Mitschuldnern ist jedoch eingeschränkt durch das besondere Rechtsverhältniß unter den letztern selbst.“ Diesen Zusatz im Gesetze *ausdrücklich* auszusprechen, war gar nicht nöthig, weil er sich ganz von selbst versteht. Wollte man das Gegentheil annehmen, so könnte der zahlende Schuldner von den andern ebenso die ganze Forderung, also auch den ihn treffenden Antheil verlangen, daß aber das möglich wäre, wird kaum behauptet werden wollen. Der Abs. 3 des Art. 168 will die ihm vorgehenden Absätze natürlich nicht wieder aufheben und doch würde das geschehen bei einer Auslegung, auf Grund welcher der zahlende Solidarschuldner berechtigt wäre, seine Mitschuldner ebenfalls solidarisch haftbar zu machen. Die gleiche Einschränkung ist auch dem in Art. 504 des O.-R. vorgesehenen Uebergang der Rechte des Gläubigers auf den zahlenden Bürgen beizufügen und somit die Berufung des Klägers auf diese Gesetzesstelle, soweit damit die beantragte Solidarität begründet werden wollte, ebenfalls eine verfehlte.

Gewährleistung des Verkäufers für Mängel der Kaufsache.

Zur Interpretation des Art. 243 des O.-R., speziell der Worte: „zu dem vorausgesetzten Gebrauche.“

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 31. März 1888.

Ein Senn kaufte zum Zwecke der Butterfabrikation eine Centrifugenmaschine und um diese betreiben zu können, erwarb er von einem Nachbar eine ältere Dampfmaschine um den Preis von 750 Fr. Als er dann aber diese Summe bezahlen sollte, bestritt er die Schuldpflicht und stellte der daraufhin erhobenen Kaufpreisklage die Wandelungs- event. Minderungseinrede entgegen. Zur Begründung dieser Einrede berief er sich unter Anderem auf die Bestimmung des Art. 243 des O.-R., wonach der Verkäufer dem Käufer auch dafür haftet, daß die Sache nicht solche Mängel hat, welche ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern, indem er geltend machte, der vorausgesetzte Gebrauch der Dampfmaschine sei hier der Gebrauch derselben für die Betreibung seiner Centrifuge, weßhalb der Kläger dafür einzustehen habe, daß die Dampfmaschine diejenige Kraftentwicklung besitze, welche nothwendig sei, um einen richtigen und ungestörten Betrieb der Centrifuge zu sichern, daß aber dieß nicht der Fall sei, weil die Dampfmaschine bloß 2 Pferdekräfte leiste, während der richtige und ungestörte Betrieb der Centrifuge eine Kraftentwicklung von $2^1/_2$ Pferdekräften erfordere.

Der Nachwährschaftsanspruch des Beklagten wurde abgewiesen und die Kaufpreisklage gutgeheißen.

Gründe:

Die Währschaftspflicht des Klägers kann aber auch nicht daraus abgeleitet werden, daß die Maschine Mängel habe, welche ihre Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder vermindern, denn als vertraglich vorausgesetzter Gebrauch kann höchstens der Gebrauch der Maschine für die Betreibung einer Centrifuge an sich, nicht aber speziell der beklagtischen angesehen werden. Der Verkäufer haftet — mit andern Worten — nur für eine Kraftentwicklung der Maschine, wie sie sich aus der Art derselben (dem System) und aus ihren Dimensionen bei richtiger Construktion und guter Instandhaltung ergibt und daß die daraus resultirende Leistungsfähigkeit im vorliegenden Falle nicht vorhanden gewesen sei, ist gar nicht behauptet worden. Es war gewiss Sache des Käufers, sich darüber Gewißheit zu verschaffen, ob das Kaufsobjekt seinen speziellen Zwecken diene und wenn er das unterließ, so hat er die Folgen selbst zu tragen und kann vom Verkäufer ohne spezielle Garantie keine weitergehende Gewährspflicht verlangen als dafür, daß die Maschine richtig konstruirt sei, sich in tadellosem Zustand befinde, an sich auch zur Betreibung einer Centrifuge verwendet werden könne und diejenige Kraft entwickle, welche sich aus diesen Faktoren ergibt. Da das Kaufsobjekt so beschaffen war, so fällt die Nachwährschaftspflicht des Verkäufers und damit auch der daraus abgeleitete Wandelungs- und eventuell Minderungsanspruch dahin.

Literaturanzeige.

Im Verlag von Orell Füßli & Cie; ist erschienen: Grundriß zu akademischen Vorlesungen über das Civilprozeßrecht des Kantons Zürich und des Bundes von Advokat Dr. Fried. Meili, Professor an der Universität Zürich. Wie schon dem Titel: „Grundriß“ zu entnehmen ist, handelt es sich hier nicht um eine erschöpfende Darstellung des Civilprozeßrechtes, sondern nur um das Gerippe zu dieser Darstellung, dessen Detailausführung Sache der akademischen Vorlesungen ist. Immerhin genügt das Gebotene, um den Leser in die Prozeßmaterie überhaupt einzuführen und ihm ein anschauliches Bild sowohl des eidgenössichen als speziell zürcherischen Civilprozeßes zu geben. Den Studirenden wird das Büchlein als unentbehrlicher Wegweiser dienen und dem präktischen Juristen bietet es den Vortheil, daß er bei den einzelnen Abschnitten und Paragraphen die einschlägige Literatur und die wichtigsten Praejudicate sowie die in das Prozeßrecht eingreifenden eidgenössischen Concordate und Staatsverträge findet.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. Juni 1888. VII. Band. № 10.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter“ erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

INHALT:

Urtheil
des
Handelsgerichtes Zürich
vom 20. April 1888
in Sachen
der Firma *Blöm und Remy*, mechanische Weberei in Gladbach, Klägerin,
gegen
die Firma *Meyer & Cie.* in Winterthur, Beklagte,
betreffend Kauf.

Bestreitung der Bestellung. Einrede verspäteter Lieferung. Oertliche Rechtsanwendung. Erfordernisse des Fixgeschäftes nach dem deutschen Handelsgesetzbuch.

Streitfrage:

„Ist Beklagte nicht verpflichtet, die ihr mit Faktur vom 17. August 1887 zugesandten Waaren in Empfang zu nehmen und an Klägerin Mrk. 690. 91 Pfg. oder Frk. 863. 64 Cts. gemäß den Bestimmungen der Faktur, und die ergangenen Lagerspesen zu bezahlen?“

Thatsächliches:

A. Die Kläger sind Inhaber einer mechanischen Weberei in rein-, halb- und baumwollenen Waaren in Gladbach (Rheinpreußen). Anfangs Februar 1887 bereiste ihr Reisender die Schweiz; derselbe besuchte auch das beklagtische Geschäft in Winterthur, welches sich mit dem Handel in Baumwollgeweben aller Art befaßt, und es soll ihm, wie die Kläger behaupten, bei dieser Gelegenheit eine Bestellung von 25 Stück 75 cm U'Flanelle I. à 0,48 Mark, lieferbar Anfangs August, aufgegeben worden sein. Die Beklagte bestreitet dies und macht folgende Sachdarstellung: Die Muster, welche von dem Reisenden vorgelegt worden seien, haben nicht convenirt, dagegen habe Meyer, Inhaber der Firma Meyer & Cie., erklärt, er sei im Falle, eine Bestellung von 25 Stück Flanelle zu machen, falls Blöm und Remy im Stande seien, die gleiche Waare zu liefern, wie die Firma Trost & Cie. in Gladbach, von welcher dem Reisenden Muster gegeben worden seien. Die Verabredung sei nun dahin gegangen, daß Letzterer diese Muster den Klägern vorlegen und Gegenmuster einliefern solle, und erst nach Prüfung derselben sollte die Bestätigung oder Nichtbestätigung der Bestellung erfolgen.

B. Aus der Korrespondenz, welche auf die streitige Unterredung hin zwischen den Parteien geführt wurde, ist Folgendes hervorzuheben:

Am 24. Februar 1887 schreiben die Kläger:

„Für den uns durch unsern Herrn Schmalen„beck gütigst ertheilten Auftrag auf 25 Stück „75 ctm. U'Flanelle I à 0,48 mit bekannten „Conditionen bestens dankend, werden wir „solchen wie aufgegeben Anfang August in „schönster Ausführung an Sie absenden. „Heute beehrten wir uns, Ihnen gewünschte „Mustercollektionen zu übersenden und soll „es uns freuen, mit belangreichen *Nach-* „*bestellungen* von Ihnen beehrt zu werden."

Die Antwort auf dieses Schreiben ist eine Correspondenzkarte vom 25. Februar, worin Meyer & Cie. bedauern, den Klägern mittheilen zu müssen, daß sie *„in Folge Aenderungen, welche in ihrem Hause vorkommen werden*, vor 1. Juli nicht in der Lage seien, den Auftrag in 75 cm. U'Flanelle I à 0,48 bestätigen zu können."

Hiegegen remonstrirten die Kläger sofort, indem sie am 28. Februar schreiben:

„In höflicher Erwiederung Ihres werthen „Memorandums haben Sie doch unserm Herrn „Schmalenbeck die Ordre auf 25 Stück „U'Flanelle aufgegeben und sind diese Stücke „auch bereits von uns bei der Disposition „berücksichtigt worden. Wenn wir nun hin„sichtlich der Lieferung auch um 1—2 Mo„nate spätere Abnahme Ihnen entgegenkom„men wollen, so können wir die Ordre nicht „anulliren und gewärtigen wir Ihre gefl. Nach„richt, bis wann wir die Waare absenden „sollen."

Mit Brief vom 9. März übersandte die Beklagte den Klägern 2 Mustertypen — mit A und B bezeichnet, wovon die eine (A) den klägerischen Qualitätstypen entnommen, — zur Vergleichung und bemerkte: „Sie werden „nach Verifikation der beiden Muster zugeben „müssen, daß das Ihrige lange nicht so vor„theilhaft ist in Qualität als (das Muster) B „und doch verlangen Sie uns dafür einen „höhern Preis. Wir haben Ihrem Vertreter „von einem Quantum von 25 Stück gespro„chen, doch war der Auftrag nur unter Vor„behalt Bestätigung unsererseits ertheilt, wenn „wir im Besitz der verlangten Reisekollectio„nen. Diese Waare, wie Sie uns solche be„mustern, entspricht nun unsern Wünschen „in keiner Weise und ist jedenfalls auch er„klecklich leichter als die vorgewiesene „Mustertype. Wir müssen deshalb unbedingt „auf eine Bestätigung der Ordre verzichten „und wollen Sie sich durch eine willkürliche „Sendung nicht unnütze Spesen verursachen."

Blöm und Remy beharren in ihrer Antwort vom 11. März darauf, daß fest bestellt worden sei und erklären, daß sie auf Abnahme der Waaren bestehen. Es ist in diesem Briefe ferner erwähnt, daß der Beklagten eine Commissionskopie übersandt worden sei; die Behauptung, daß das in deren Schreiben vom 9. März gerühmte Gegenmuster besserer Qualtität sei als das Muster der Kläger, wird zurückgewiesen.

Nachdem Meyer & Cie. auf ihren Vorschlag im Briefe vom 15. März, eine Expertise anzuordnen zur Entscheidung der Frage, ob nicht die von ihnen bemusterte Waare mehr werth sei als diejenige der Kläger, noch den Bescheid erhalten hatten, daß den Klägern eine Expertise nöthigenfalls ganz recht sei, daß aber zur Zeit Veranlassung zu einer solchen nicht vorliege, war damit die Korrespondenz für einmal geschlossen.

C. Mit Faktur vom 17. August 1887 wurden Meyer & Cie. benachrichtigt, daß die 25 Stück 75 cm. U'Flanelle I an sie abgesandt worden seien. Darauf telegraphirten sie sogleich nach Gladbach: „Unterlassen Sie Versandt, *weil Lieferung verspätet*," erhielten aber zur Antwort, die Ballen seien zugleich mit der Faktur abgegangen, so daß dieselben nicht mehr aufgehalten werden können, überhaupt liege für die Kläger keine Veranlassung vor, die Sendung zurückzuhalten, dieselbe sei rechtzeitig nach Aufgabe erfolgt. Derselbe Bescheid wurde der Beklagten auf ihren Brief vom 20. August, worin sie die Depesche bestätigte und beifügte: „Die Waare wurde lieferbar per Anfangs „August aufgegeben und kann deshalb nicht „mehr angenommen werden. Sie haben uns „diese Lieferungsfrist mit Ihrem Memorandum „vom 24. Februar selbst bestätigt, und wer„den Sie eine Absendung per 17. August „nicht als Anfangs August taxiren wollen."

Die Kläger, davon in Kenntniß gesetzt, daß die Beklagte die Annahme der Sendung verweigert habe und ihnen die Waare zur Verfügung stelle, beauftragten die Güterexpe-

dition Winterthur, die Sendung einem dortigen Spediteur für Rechnung von Meyer & Cie. auf Lager zu geben und theilten diesen mit Brief vom 2. September mit, daß sie gerichtliche Klage erheben werden.

Am 6. September zeigte die Lagerhausverwaltung der Bank in Winterthur Meyer & Cie. an, daß sie die Sendung von Blöm und Remy zu ihrer (der Beklagten) Verfügung empfangen und für deren Rechnung eingelagert habe, worauf die Beklagte erklärte, sie habe die Sendung wegen verspäteter Lieferung refüsirt und daher nichts damit zu schaffen, es könne deßhalb auch von einer Einlagerung auf ihre Rechnung keine Rede sein.

Ein Schreiben des Rechtsanwaltes der Kläger in Gladbach vermochte die Beklagte ebenfalls nicht zur Annahme der nach ihrer Ansicht verspäteten Sendung zu bewegen; es wurde am 9. September geantwortet, die Kläger möchten nach Gutdünken verfahren.

D. Am 21. Oktober machte der klägerische Vertreter beim Friedensrichteramt Winterthur gegen Meyer & Cie. Klage anhängig und unterm 21. November 1887 gieng beim Handelsgericht die Klageschrift und friedensrichterliche Weisung mit der Eingangs genannten Streitfrage ein. Es ist in derselben auf die Bestimmungen der Faktur abgestellt, welche besagt, daß der Kaufpreis der 25 Stück Flanell = 1439,4 Meter à 0,48 Mrk. 690 Mrk. 91 Pfg. betrage, daß der Kauf verstanden sei zahlbar *in Gladbach* drei Monate dato der Faktura mit 2 % oder sofort mit 4 % Sconto und daß die Sendung geschehe auf Rechnung und Gefahr des Käufers vermittelst der Bahn *loco Gladbach*.

E. Der Vertreter der Kläger, auf Gutheißung der Klage antragend, berief sich zum Beweise dafür, daß dem Reisenden Schmalenbeck eine feste Bestellung aufgegeben worden sei, auf diesen selbst als Zeugen, auf den Bestätigungsbrief der Kläger vom 24. Febr., die Korrespondenzkarte der Beklagten vom 25. Febr. 1887 und den weitern Briefwechsel, insbesondere vom Monat August, wo die Beklagte Partei sich nur noch auf verspätete Lieferung berufe. Diese letztere Einrede, wird ausgeführt, sei indessen ebenfalls unstichhaltig. Durch das Stillschweigen der Beklagten auf den Brief der Kläger vom 28. Februar 1887, worin diese sich bereit erklären, mit Bezug auf die Lieferungsfrist entgegenzukommen, sei letztere um 1—2 Monate erstreckt worden. Aber selbst angenommen, es liege in dieser Korrespondenz keine Abänderung des ursprünglichen Lieferungstermins und es sei etwas zu spät geliefert worden, so sei die Beklagte doch nicht berechtigt, ohne Weiteres vom Vertrage zurückzutreten, sondern sie hätte gemäß § 356 des hier zur Anwendung gelangenden deutschen Handelsgesetzbuchs dem Verkäufer Anzeige machen und demselben Frist zur Lieferung ansetzen müssen, was nicht geschehen sei. Das Recht zu sofortigem Rücktritt vom Vertrage wegen nicht pünktlicher Innehaltung der Lieferungsfrist stehe dem Käufer nur beim sogenannten Fixgeschäft zu (§ 357 des Hdlsges.-B.), ein solches liege aber hier nicht vor.

F. Die Beklagte ließ auf Abweisung der Klage antragen und stellte für die Richtigkeit ihrer Sachdarstellung, wonach keine feste Bestellung erfolgt wäre, sondern sie sich vorbehalten hätte, über die definitive Bestätigung des Auftrages sich zu entscheiden, wenn die Prüfung der von den Klägern vorzulegenden Muster befriedigend ausgefallen sei, ebenfalls auf den Reisenden Schmalenbeck sowie ihren Prokuristen Jordan als Zeugen ab. — In zweiter Linie hält die Beklagte an dem Standpunkt, daß die Lieferung verspätet und daß sie daher berechtigt gewesen sei, vom Vertrage zurückzutreten, fest. Nach ihrer Ansicht ist diese Einrede, wie überhaupt das streitige Rechtsgeschäft nach hiesigem Rechte zu beurtheilen, so daß ihr die Rechtsvermuthung des Art. 234 des O.-R. zu Gute käme; die Verabredung, es solle Anfangs oder Ende eines Monates geliefert werden, habe die Bedeutung eines bestimmten Lieferungstermins.

G. Es deponirten als Zeugen:

1. *Carl Schmalenbeck*, früherer Reisender der Kläger.

Ob ihm die beklagte Firma eine feste Bestellung gemacht habe, oder ob sie die Bestellung von den jetzt behaupteten Bedin-

gungen abhängig gemacht habe, könne er nicht mehr angeben, doch müsse er auf Grund der in seinem Notizbuch enthaltenen Aufzeichnungen Ersteres behaupten. Nach seinem Notizbuch habe die beklagte Firma eine feste Bestellung von 25 Stück U'Flanell I, 75 cm breit zu 0,48 Mrk. per Meter, Dessinnummer $^{648}/_{10}$, $^{619}/_{10}$, $^{646}/_{5}$ gemacht. Er beziehe sich ferner auf den Commissionsbrief, den er seiner Zeit der klägerischen Firma zugesandt habe. Wenn Seitens der beklagten Firma die fraglichen Bedingungen gestellt worden wären, würde er dies der klägerischen Firma mitgetheilt haben.

2. *Konrad Alphons Jordan*, Buchhalter bei Meyer & Cie. in Winterthur.

Er sei Anfangs Februar v. J. zugegen gewesen, als der Reisende Schmalenbeck im Geschäfte vorgesprochen habe. So viel er sich erinnere, habe Meyer dem Reisenden Muster gezeigt, da ihm die von diesem vorgewiesenen Muster nicht gefallen haben. Es sei die Rede gewesen von 25 Stück Flanell, aber es sei nicht fest bestellt worden, sondern man habe — wie Zeuge glaube — davon gesprochen, es müssen erst Gegenmuster eingesandt werden. So viel ihm erinnerlich, habe Schmalenbeck keine Commissionskopie zurückgelassen.

Schmalenbeck sei einmal als Zeuge hieher vorgeladen gewesen; 2 Tage zuvor sei er im beklagtischen Geschäfte in Winterthur vorbeigekommen und habe — wie Jordan selbst gehört — zu Meyer gesagt, nach seinem Notizbuch sei keine feste Bestellung gegeben, sondern noch die Bestätigung von *Blöm und Remy* vorbehalten worden.

H. In der heutigen Schlußverhandlung wiederholten die Vertreter der Parteien die von ihnen früher gestellten Anträge; der klägerische Anwalt brachte noch den Commissionsbrief des Reisenden Schmalenbeck vom 4. Februar 1887 zu den Akten; der Vertreter der Beklagten focht die Einvernahme des Schmalenbeck, zu welcher sein Client keine Vorladung erhalten habe, als ungesetzlich an.

Entscheidungsgründe:

1. Den Klägern, welche die Beklagte auf Empfangnahme der im Lagerhaus der Bank in Winterthur liegenden Flanelllieferung und Zahlung des Kaufpreises belangen, liegt der Beweis dafür ob, daß zwischen ihnen beziehungsweise ihrem Reisenden Schmalenbeck und dem Inhaber der beklagten Firma Anfangs Februar v. Js. ein fester Kauf abgeschlossen worden sei. Dieser Beweis kann nun aber durch die zwischen den Litiganten geführte Korrespondenz in Verbindung mit den Zeugenaussagen unbedenklich als geleistet angesehen werden.

2. Gegen die Sachdarstellung der Beklagten spricht vor allem ihre Korrespondenzkarte vom 25. Februar 1887. Es ist wohl zu beachten, daß diese Karte die Antwort war auf den Brief der Kläger vom 24. Februar, in welchem diese die ihrem Reisenden Schmalenbeck aufgegebene Bestellung bestätigt und verdankt hatten. Hätte dieser Brief der Abrede nicht entsprochen, so wäre die Antwort der Beklagten zweifellos anders ausgefallen. In diesem Falle würde sie sich damit begnügt haben, zu erklären, es sei gar nicht fest bestellt worden, sie erwarte zunächst die Muster, von deren Prüfung die Bestätigung oder Nichtbestätigung der Bestellung abhange. Statt dessen entschuldigt sich die Beklagte mit Aenderungen, welche in ihrem Hause eintreten werden. Die Ausdrucksweise, man sei nicht in der Lage, den Auftrag bestätigen zu können, läßt sich mit der beklagtischen Darstellung gar nicht vereinbaren, so lange die Prüfung der Muster nicht erfolgt war. Der Umstand ferner, daß die Kläger nachträglich noch Musterkollektionen sandten, steht der Annahme einer festen Bestellung durchaus nicht entgegen, zumal sich denken läßt, es sei dies — wie es im Briefe vom 24. Februar heißt — zu dem Zwecke geschehen, die Beklagte zu *Nach*bestellungen aufzumuntern.

3. Von Bedeutung ist ferner das Verhalten von Meyer & Cie. im August, als ihnen der Versandt der Waare angesagt worden war. Damals ist kein Wort mehr davon gesagt worden, daß die Annahme verweigert werde aus dem Grunde, weil die Prüfung der Muster unbefriedigend ausgefallen und in Folge dessen die Bestellung nicht bestätigt worden sei, sondern es berief sich die Beklagte lediglich

darauf, daß die Lieferung verspätet sei. Wenn man nun auch nicht so weit gehen will, hieraus einen förmlichen Verzicht auf die Bestreitung der Perfektion des Kaufes herzuleiten, so darf doch dieses zeitweilige Abgehen vom früher geltend gemachten und heute im Prozeß verfochtenen Standpunkte als Indizium gegen die Zuverlässigkeit der Angaben der Beklagten Partei verwerthet werden.

4. Das Beweisverfahren, welches über den Inhalt der zwischen Meyer und dem Reisenden der Kläger Anfangs Februar 1887 getroffenen Vereinbarung stattgefunden hat, ist nun, auch abgesehen von den Aussagen des Zeugen Schmalenbeck, eher zu Ungunsten der Beklagten ausgefallen. Der von letzterer als Zeuge angerufene Buchhalter Jordan äußert sich zwar über den streitigen Vorgang selbst nicht mit der nöthigen Bestimmtheit, dagegen bezeugt er, daß der Reisende der Kläger anläßlich eines spätern, dem beklagtischen Geschäft erstatteten Besuches zu Meyer gesagt habe, nach seinem Notizbuch sei in dem Sinne keine feste Bestellung gegeben worden, daß noch die Bestätigung derselben durch Blöm und Remy — und nicht etwa Seitens Meyer & Cie. — vorbehalten gewesen sei. Davon, daß Meyer dem Schmalenbeck hierauf widersprochen habe, sagt der Zeuge nichts.

5. Die Beklagte hat eventuell nicht bestritten, daß von einer Bestellung in dem Umfange und zu dem Preise gesprochen worden sei, wie laut Faktur geliefert wurde; es ist daher auf Grund der bisherigen Ausführungen das Klagfundament als hergestellt zu betrachten und kann es sich nur noch fragen, ob die Einrede der verspäteten Lieferung begründet und die Beklagte zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt sei. Hiebei ist unerläßlich die Untersuchung der von den Parteien eingehend erörterten Frage, welches örtliche Recht auf den Streit anzuwenden sei.

6. Der vom Vertreter der Beklagten angezogene § 5 des alten P.-R. G.-B., welcher besagt, daß Forderungen und Schulden regelmäßig nach dem örtlichen Rechte zu beurtheilen seien, welches nach der besondern Uebereinkunft der Contrahenten oder nach der innern Natur des Verhältnisses als verstanden erscheine, gilt als durch die Bundesgesetzgebung betreffend das Obligationenrecht aufgehoben und ist deshalb auch nicht in das revidirte privatrechtliche Gesetzbuch herüber genommen worden. (Vergleiche Schneiders Commentar zu § 6, Note 2). Beim Mangel ferner einer ausdrücklichen Bestimmung des Schw. O.-R. hinsichtlich der Frage der örtlichen Rechtsanwendung — dasselbe enthält nur bezüglich des Wechsels derartige Vorschriften — wird auf die in Theorie und Praxis vorherrschend anerkannten Grundsätze des internationalen Privatrechtes zurückzugehen sein, wonach „Gültigkeit und Wirkung „obligatorischer Rechtsgeschäfte, sofern nicht „absolut zwingende Gesetze des Prozeßortes „entgegenstehen, nach demjenigen Landes-„rechte zu beurtheilen sind, welches die Par-„teien beim Geschäftsabschlusse als maß-„gebend entweder wirklich betrachteten oder „dessen Anwendung sie doch vernünftiger und „billiger Weise erwarten konnten und mußten." (Vergleiche Urtheil des Bundesgerichtes i. S. Scholder ca. Wolff vom 18. Juli 1885, Erw. 6, abgedruckt in den Blättern für handelsrechtliche Entscheidungen Bd. IV pag. 245). Nun kommt aber eine Willensäußerung der Kontrahenten darüber, welchem Ortsrechte sie ihr Vertragsverhältniß unterwerfen wollen, sehr selten vor und an einer solchen fehlt es auch hier. Dagegen ist die zürcherische Gerichtspraxis immer davon ausgegangen, daß die Kontrahenten in der Regel den Erfüllungsort im Sinn gehabt haben und daß daher im Zweifel das Recht dieses Ortes als maßgebend zu betrachten sei. Auf den Erfüllungsort hat in der vorwürfigen Frage auch das Bundesgericht in dem oben cit. Urtheil i. S. Scholder ca. Wolff entscheidendes Gewicht gelegt. Erfüllungsort ist in concreto Gladbach. Laut der Faktur — und übrigens ist dieß auch unbestritten geblieben, — reiste die Waare von dort nach Winterthur auf Rechnung des Käufers; der Verkäufer hatte also seine Verpflichtungen aus dem Kauf erfüllt, wenn er die Waare in Gladbach in vertragsgemässer Beschaffenheit der Eisenbahn als Stellvertreterin der Beklagten übergeben hatte. (Vergleiche hiezu die Entscheide des Handels-

gerichtes in den Blättern für handelsrechtliche Entscheidungen Bd. III pag. 135 Erwägung 3, Bd. IV pag. 372 Erw. 1 und Bd. VI pag. 17 Erw. 4.) Hinsichtlich der für die Beklagte aus dem Vertrag entspringenden Verpflichtung zur Bezahlung des Kaufpreises ist in der Faktur wiederum ausdrücklich Gladbach als Erfüllungsort bezeichnet und übrigens wohl auch schon deßwegen als solcher anzusehen, weil Geldschulden in der Regel Bringschulden sind. Die der Klage entgegengesetzte Einrede des Erfüllungsverzuges ist also nach dem in Preußen geltenden allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch zu beurtheilen.

7. Thatsächlich steht fest, daß die auf Anfang August 1887 in Aussicht genommene Lieferung erst am 17. August effectuirt worden ist. Gemäß Art. 355 und 356 des zitirten Gesetzes hat der Käufer, wenn der Verkäufer mit der Uebergabe der Waare im Verzuge ist, allerdings das Recht zum Rücktritt vom Vertrage, aber nicht sofort, sondern nur unter der Voraussetzung, daß er dem Verkäufer diese seine Absicht kund gegeben und ihm — wenn die Natur des Geschäftes dies zuläßt — noch eine den Umständen angemessene Frist zu nachträglicher Erfüllung angesetzt hat. Letzteres ist nun aber Seitens der Beklagten nicht geschehen; dieselbe hat, als der Versandt der Waare avisirt wurde, sofort erklärt, die Verspätung berechtige sie zur Verweigerung der Annahme. Daß die in Art. 356 wegen der Natur des Geschäftes gemachte Ausnahme von der Verpflichtung, eine Nachfrist zu gewähren, Platz greife, ist nicht behauptet worden, wenigstens hat die Beklagte unterlassen, auszuführen, daß die etwas verspätete Lieferung für sie nutzlos sei, und es ist auch nicht erfindlich, weshalb sie die Flanelle nicht mehr sollte verwenden können.

8. Es kann sich also nur noch fragen, ob etwa zwischen den Kontrahenten eine Vereinbarung getroffen worden sei des Inhaltes, daß die Waare genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist geliefert werden solle (Art. 357 des Hdlsges.-B.), in der Meinung, daß sofern die Lieferungsfrist nicht innegehalten werde, das Geschäft sofort dahin falle. Allein der Annahme eines sogenannten Fixgeschäftes steht schon entgegen die unbestimmte Fixirung der Lieferungsfrist, denn was ist zu verstehen unter „Anfang August"? Doch nicht etwa die ganze erste Hälfte des Monates, wie der beklagtische Vertreter anzunehmen scheint, oder kann man denn den Anfang eines Monates verlegen auf die Zeit vom 1.—5., vom 1.—10.? — Die deutsche Gerichtspraxis geht noch weiter, indem sie nicht jeden Lieferungsvertrag, bei welchem eine bestimmte Erfüllungsfrist bedungen ist, als Fixgeschäft behandelt, sondern verlangt, daß der Wille der Kontrahenten, von der Innehaltung der Lieferzeit oder Lieferfrist das Stehen und Fallen des Vertrages abhängig zu machen, entweder mit unzweideutigen Worten erklärt sei oder aus den Umständen zweifellos hervorgehe (vergl. Fuchsberger, Handelsrecht I, pag. 662 ff.). Weder ersteres noch letzteres ist hier der Fall. Die in Art. 234 des Schw. O.-R. für den kaufmännischen Verkehr aufgestellte Vermuthung ist dem deutschen Handelsgesetzbuch fremd.

9. Die Verwerfung der Einrede des Erfüllungsverzuges hat zur Folge, daß die Beklagte die von ihr bestellte Waare annehmen und gemäß den Bestimmungen der Faktur bezahlen muß. Die unbegründete Verweigerung der Annahme verpflichtet sie ferner zur Tragung der ergangenen Lagerspesen. Ebenso ist die Zinspflicht vom 17. November 1887 an begründet, da die Faktur 3 Monate nach der Ausstellung fällig war. Die Beklagte trifft als unterliegende Partei sämmtliche Prozeßkosten und eine angemessene Entschädigung an die Kläger.

Schluss:

1. Die Beklagte ist verpflichtet, die ihr mit Faktur vom 17. August 1887 zugesandten Waaren in Empfang zu nehmen und an die Klägerin Fr. 863. 64 Rp. nebst Zins à 6 % seit 17. November 1887 gemäß den Bedingungen der Faktur sowie die ergangenen Lagerspesen zu bezahlen.

2. Die Staatsgebühr wird auf 80 Franken festgesetzt.

3. Die Beklagte hat die Kosten des Pro-

zesses zu tragen und der Klägerin eine Prozeßentschädigung von Fr. 120 zu bezahlen.
4. Mittheilung.

Ein interessanter Fall aus dem Gebiete des Strafrechts.

Ungehorsam gegen amtliche, von *competenter* Stelle erlassene Verfügungen (§ 80 des Zürcher Strafgesetzbuches). Zum Begriffe der „Competenz“ der verfügenden Behörde, speziell der Competenz der staatlichen Steuerbehörden in Erbschaftssteuerfragen. Die Grenzen dieser Competenz.

Kassationsgericht Zürich, 26. April 1888.

Der unverehlichte Friedrich Hardmeier auf der Platte in Männedorf und sein verehlichter, aber kinderloser Bruder Kaspar Hardmeier haben gemeinsam gehaushaltet und das vorhandene bewegliche und unbewegliche Vermögen war ihr unvertheiltes gemeinsames Eigenthum.

In einer vom 22. Juli 1887 datirten, von *Kaspar* Hardmeier unterzeichneten, „letzte Willensverordnung“ überschriebenen Urkunde erklärt derselbe: „Auf den Fall, daß er vor seiner Ehefrau, Seline Pfenninger sterben und sein Bruder ihn überleben sollte und demnach einziger Intestaterbe wäre, solle seine Ehefrau an seine Stelle treten, somit die von ihm hinterlassene Hälfte an allen vorhandenen Aktiven allein erben, der überlebende Bruder würde also nichts erben, sondern mit der Wittwe Hardmeier Miteigenthümer zur ideellen Hälfte an allem, beweglichem und unbeweglichem Vermögen sein; er hoffe, sie werde auch dem überlebenden Bruder eine treue Haushälterin sein.“

Hierauf folgt auf derselben Urkunde eine gleichfalls vom 22. Juli 1887 datirte, von Friedrich Hardmeier unterzeichnete Erklärung des Inhalts, daß er mit der letztwilligen Verordnung seines Bruders einverstanden sei, auf das ihm zustehende Erbrecht zu Gunsten seiner Schwägerin verzichte und wenn er seinen Bruder überleben sollte, diesen Verzicht sofort mit seiner Schwägerin notarialisch fertigen werde.

Den Schluß dieser im Besitze der Selina Hardmeier geb. Pfenninger befindlichen Urkunde bildet eine am 25. Juli vom damaligen Notar des Kreises Meilen ausgestellte Erklärung, des Inhalts, er sei an diesem Tage zu den Brüdern Hardmeier berufen worden, und dieselben haben erklärt, daß die beiden auf den Urkunden vorhandenen Unterschriften von ihnen selbst gemacht worden seien.

Am 26. Juli starb Kaspar Hardmeier.

Im Journal der Notariatskanzlei Männedorf befindet sich folgender Eintrag vom 3. Nov. 1887:

„. . . Beerbt wird derselbe (Kaspar Hardmeier) einzig von seinem Bruder Friedrich Hardmeier . . . . und von der statutarberechtigten Wittwe Selina Hardmeier geb. Pfenninger . . . . “

„Durch öffentliches Testament datirt 22. Juli 1887 soll nun der Verstorbene seine genannte Ehefrau . . . . zu seiner Universalerbin eingesetzt, und es soll damals in demselben Testament der Bruder Friedrich Hardmeier auf jedes Erbrecht an dem Nachlaß des Bruders Kaspar Hardmeier zu Gunsten seiner Schwägerin verzichtet und sich mit der Erbeinsetzung einverstanden erklärt haben.“

„Der Verstorbene besass hierorts gemeinsam mit dem Bruder Friedrich Hardmeier verschiedene Liegenschaften, und es verlangt nun Frau Wittwe Selina Hardmeier-Pfenninger gestützt auf ihren Rechtstitel — das Testament — auch die notarialische Fertigung des Erbverzichts und Zufertigung des Liegenschaftenanteils, der unausgeschiedenen Hälfte ihres verstorbenen Gatten. Der alleinige gesetzliche Erbe, Friedrich Hardmeier, erklärt nun heute förmlich zu Protokoll, daß er auf jedwedes Erbrecht an dem Nachlaß seines Bruders Kaspar Hardmeier neuerdings zu Gunsten seiner Schwägerin . . . . des Gänzlichen verzichte, und gibt er zur notarialischen Uebertragung der unausgeschiedenen Hälfte der mit dem Verstorbenen bisher gemeinsam besessenen und beworbenen Liegenschaften auf den Namen der Wittwe Selina Hardmeier anmit seine volle unbedingte Zustimmung.“

„Diese Eigenthumszufertigung ist in der Weise zu vollziehen, daß da, wo die betreffenden Liegenschaften im Grundbuche vorgemerkt sind, am Rande bemerkt wird, in Folge obigen Erbverzichtes sei Frau Hardmeier-Pfenninger nunmehrige alleinige und ausschließliche Eigenthümerin derjenigen unausgeschiedenen Hälfte an nachbenannten Liegenschaften geworden, die bisher ihrem Gatten Hs. Kaspar Hardmeier zugestanden haben.“

„Erbverzicht und Eigenthumszufertigung werden anmit zu Protokoll angelobt, und es ist Frau Wittwe Selina Hardmeier-Pfenninger nunmehr zur Hälfte Miteigenthümerin an den Liegenschaften, die bisher den Brüdern Eriedrich und Kaspar Hardmeier gemeinsam zugestanden sind. . . .“

Erbschaften, die einem Bruder des Erblaßers anfallen, sind nach dem zürcherischen Erbschaftssteuergesetz vom 22. Dezember 1869 der Erbschaftssteuer unterworfen, während Erbschaften *unter Ehegatten* von der Steuer ausgenommen sind. Die Berechnung der Erbschaftssteuer findet auf Grund der amtlichen Inventarisation statt und diese vollzieht sich in der Weise, daß zunächst der Pflichtige ein Inventar aufnimmt und dieses dann von der sogenannten Schätzungskommission geprüft und eventuell von der gerichtlich bestellten Expertenkommission endgültig festgestellt wird. Die Finanzdirektion war nun der Ansicht, daß das die Erbeinsetzung der Ehefrau Selina Hardmeier-Pfenninger aussprechende Testament nicht ernstlich gemeint, sondern nur errichtet worden sei, um die Erbschaftssteuer zu umgehen und eventuell ungültig sei, weil eine Enterbung des einzigen Intestaterben und Bruders Friedrich Hardmeier enthaltend. Deßhalb glaubte sie ohne Weiters davon ausgehen zu dürfen, daß die Erbschaft in Wirklichkeit doch dem Bruder Friedrich Hardmeier angefallen sei und da dieser steuerpflichtig gewesen wäre, so forderte sie ihn wiederholt auf, ein Inventar über das ihm angefallene Vermögen einzureichen. Diese Aufforderungen blieben erfolglos und es setzte deßhalb der Gemeindrath Männedorf mit Beschluß vom 10. Dezember 1887 im Auftrage der Finanzdirektion dem genannten Friedrich Hardmeier eine Frist von 8 Tagen an, um „ein Inventar über das ihm von seinem Bruder Kaspar Hardmeier angefallene Vermögen einzureichen“ *unter Androhung von Ueberweisung an die Gerichte wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen.*

Da Friedrich Hardmeier die Verfügung nicht befolgte, wurde er wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen beim Strafrichter angeklagt, von der Appellationskammer des Obergerichtes aber mit Urtheil vom 15. März 1888 freigesprochen, weil nach § 80 des Strafgesetzbuches Ungehorsam gegen eine amtliche Verfügung nur strafbar sei, wenn die nicht befolgte Verfügung von competenter Stelle erlassen worden sei, den Steuerbehörden aber die Competenz zu der in Frage stehenden Verfügung gemangelt habe. Zur Competenzbegründung genüge es nicht, daß die Behörde, von welcher das betreffende Decret ausgegangen sei, nach der allgemeinen Natur des zu erledigenden Geschäftes und örtlich zuständig sei, sondern es müsse überdem hinzukommen die Zuständigkeit *im einzelnen Fall* auf Grundlage der bestehenden Gesetze und Verordnungen in dem Sinne, daß wenn diese den Erlass der betreffenden Verfügung geradezu verbieten, von Zuständigkeit zum Erlaß dieser Verfügung nicht mehr gesprochen werden könne. Auch bei uns müsse verlangt werden, daß die verfügende Behörde sich in rechtmäßiger Ausübung ihres Amtes befunden habe. Diese Voraussetzung treffe hier nicht zu, denn weil Kaspar Hardmeier laut Testament einzig und allein von seiner Frau beerbt werde, Erbschaften unter Ehegatten aber nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes steuerfrei seien, so mangle jede Steuerberechtigung des Staates und somit auch die Befugniss seiner Organe, die Vornahme von Handlungen zu verlangen, welche die Vorbereitung des Steuerbezuges (wie Inventarisation etc.) zum Gegenstand haben. Die Einwendung, das Testament des Kaspar Hardmeier sei, weil eine Enterbung des angeschuldigten Friedrich Hardmeier enthaltend, Mangels des Vorhandenseins irgend welcher Enterbungsgründe, nichtig und deßhalb die Intestaterbfolge wirksam geworden, sei nicht

zutreffend. Von absoluter Nichtigkeit des Testamentes könne nicht die Rede sein, sondern nur von Anfechtbarkeit desselben und diese stehe bloß dem Notherben Friedrich Hardmeier zu; so lange er das Testament nicht anfechte, bestehe dasselbe zu Recht und liege somit kein Uebergang der Erbschaft auf den Bruder, sondern auf die Ehefrau des Erblassers vor. Glaube der Fiscus, daß es sich um eine rein fingirte, lediglich die Umgehung des Erbschaftssteuergesetzes bezweckende Machenschaft handle, so möge er diesen Standpunkt in einem, die principielle Feststellung seiner Steuerberechtigung bezweckenden Prozeß geltend machen. So lange die Steuerpflicht des Angeschuldigten nicht durch gerichtliches Urtheil festgestellt sei, könne auch keine Inventarisation von ihm verlangt werden.

Gegen das freisprechende Urtheil der Appellationskammer erhob die Staatsanwaltschaft Nichtigkeitsbeschwerde, weil der Vorderrichter mit der Annahme, daß die Steuerbehörde zum Erlaß der in Frage stehenden Verfügung nicht competent gewesen sei, eine Reihe gesetzlicher Competenzbestimmungen verletzt und sodann durch die Ausführung, daß er nicht nur die „allgemeine Competenz" der verfügenden Behörde, sondern überdem die Gesetzmäßigkeit der Entscheidung zu prüfen habe, mit dem klaren Wortlaut des § 80 des Strafgesetzbuches in offenbaren Widerspruch geraten sei. *Die Nichtigkeitsbeschwerde wurde abgewiesen.*

Gründe:

1. Der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund der Verletzung materieller Gesetzesvorschriften (§ 1091 Zif. 6 des Rechtspflegegesetzes) würde allerdings vorliegen, wenn der Vorderrichter *entgegen gesetzlichen Competenzbestimmungen* die Steuerbehörde als zum Erlaß der in Frage stehenden Verfügung nicht kompetent erklärt hätte, indem damit auch der § 80 des Strafgesetzbuches, welcher den Ungehorsam gegen eine von competenter Stelle erlassene Verfügung als strafbar erklärt, verletzt wäre. Allein das ist nicht der Fall.

2. Die „letzte Willensverordnung" des Caspar Hardmeier vom 22. Juli 1887 ist kein formell gültiges Testament, weder ein eigenhändiges noch ein öffentliches. Sie ist kein eigenhändiges, weil sie nicht einem Notar zur Aufbewahrung übergeben worden ist, ja nicht einmal vom Erblasser geschrieben worden zu sein scheint, indem sich der beigezogene Notar lediglich begnügt hat, die Aechtheit der Unterschrift zu beglaubigen. Sie ist kein öffentliches Testament, weil vom Notar lediglich bezeugt ist, daß der Erblasser und sein als Zeuge untauglicher Bruder die Urkunde unterzeichnet haben, nicht dagegen, daß er, der Notar, die Urkunde geschrieben habe und daß zwei taugliche Zeugen zugegen gewesen seien.

3. Eine andere letztwillige Verordnung hat Caspar Hardmeier nicht hinterlassen. Im Journaleintrage vom 3. November ist von einem öffentlichen Testement vom 22. Juli 1887 die Rede. Aber der jetzige Notar von Männedorf sagt vorsichtig, es *solle* (d. h. nach Angabe der Wittwe des Caspar Hardmeier und des Friedrich Hardmeier) ein öffentliches Testament vom 22. Juli 1887 bestehen. In den Protokollen der Notariatskanzlei war also ein solches Testament nicht eingetragen und daß ein solches durch den Notar eines andern Kreises besorgt worden sei, ist nie behauptet worden; überdem geht aus den Eingaben der Wittwe und des Friedrich Hardmeier an die Verwaltungsbehörden mit Sicherheit hervor, daß sie eben einfach die „letzte Willensverordnung" vom 22. Juli 1887 für ein öffentliches Testament gehalten haben.

4. Die Urkunde vom 22. Juli 1887 enthält auch nicht einen Vertrag, wonach Friedrich Hardmeier gegenüber seinem Bruder auf dessen Beerbung in verbindlicher Weise verzichtet hätte, denn es gebricht diesem Vertrage die nach § 2116 (jetzt § 1055) des privatrechtlichen Gesetzbuches erforderliche notarialische Fertigung.

5. Verbindlich für Friedrich Hardmeier wäre lediglich der zwischen ihm und der Wittwe Hardmeier, — nachdem er zur Erbschaft seines Bruders gemäß § 1986 (jetzt § 928) des privatrechtlichen Gesetzbuches längst berufen war und nachdem er die Aufforderung zur Inventarisation der Erbschaft längst erhalten hatte, — geschlossene, der

notarialischen Fertigung vom 3. November 1887 zu Grunde liegende Vertrag, welcher sich als Vertrag über die angefallene Erbschaft eines Dritten darstellt, vorausgesetzt nämlich, daß der Vertrag in Schrift verfaßt und von Frau Hardmeier unterzeichnet worden sei (§§ 2146, 914 [jetzt § 1085] des privatr. Gesetzbuchs); nach dem Wortlaute des Journaleintrags ist indessen zweifelhaft, ob die Voraussetzung zutreffe.

6. Es kommt nun aber nichts darauf an, ob Friedrich Hardmeier in verbindlicher Weise einem Dritten gegenüber auf erbrechtliche Ansprüche an dem Nachlasse seines Bruders verzichtet habe, da er schon vor dem Tode seines Bruders erklärt hat und heute noch erklärt, daß er nicht Erbe seines Bruders sein wolle, der Erbberechtigte aber nicht Erbe wird, wenn er die Erbschaft nicht antreten will und nicht thatsächlich übernommen hat.

7. Allerdings werden nach § 1986 (jetzt § 928) des P.-R. G.-B. die gesetzlichen (Intestat-)Erben durch den Tod des Erblassers sofort und ohne ihr Zuthun Erben desselben und nach § 1990 (jetzt § 932) des P.-R. G.-B. soll der gesetzliche Erbe, — abgesehen von den hier nicht zutreffenden Fällen des § 1993 (jetzt § 935), — binnen Frist dem Gerichte erklären, daß er die Erbschaft ausschlage, ansonst die Erbschaftsgläubiger berechtigt sind, sich an ihn als Erben zu halten und die Miterben befugt, anzunehmen, daß er die Erbschaft für seinen Theil übernommen habe. Allein das Recht, eine nach dem Intestaterbrecht zur Erbschaft berufene Person, auch wenn sie nicht Erbe sein will und die Erbschaft nicht thatsächlich übernommen hat (§ 1988, jetzt 930 des P.-R. G.-B.), als Erbe zu betrachten und zu behandeln, steht nur den Gläubigern und den Miterben zu und der Fiskus ist weder Miterbe des Friedrich Hardmeier noch Erbschaftsgläubiger, d. h. Gläubiger des *Caspar* Hardmeier. Schuldner einer Erbschaftssteuerforderung war der lebende Erblasser nicht; sondern nur der Erbe kann Schuldner dieser Forderung werden, aber Friedrich Hardmeier ist nicht Erbe. Die Berechtigung des Fiskus, Sicherheitsmaßnahmen zu begehren für allfällige erbrechtliche Ansprüche, wenn muthmaßlich erbloses Gut vorhanden ist (§§ 1964, 1965, 1983, jetzt 906, 907 und 925 des P.-R. G.-B.) oder für eine allfällige Steuerforderung, wenn die Erben nicht ermittelt sind oder wenn zu besorgen ist, daß sie sich der Erfüllung ihrer Verbindlichkeit entziehen wollen, kann nicht bestritten werden, tritt aber im vorliegenden Falle nicht ein, weil in Folge des Nichtantrittes der Erbschaft von Seite des Bruders dieselbe gemäß § 1995, jetzt 937 des P.-R. G.-B. der Wittwe auch ohne Testament oder Erbvertrag zufällt, also erbloses Gut nicht vorhanden ist und weil eine Steuerforderung nicht besteht, indem Friedrich Hardmeier nicht Erbe ist und die Wittwe gemäß § 2 des Erbschaftssteuergesetzes keine Erbschaftssteuer schuldet.

8. Nun sind die Steuerbehörden gemäß § 9 des Erbschaftssteuergesetzes (siehe auch § 28 des Gesetzes betreffend die Vermögens-, Einkommens- und Aktivbürgersteuer) und gemäß der in Ausführung des Erbschaftssteuergesetzes erlassenenen regierungsräthlichen Verordnung vom 5. März 1870 kompetent, die Erben zur Inventarisirung der ihnen zugefallenen Erbschaft anzuhalten, aber nicht competent, wenn ein Erbschaftsfall eingetreten ist, einen Dritten, der an die Erbschaft keinen Anspruch erhebt, zur Inventarisirung derselben anzuhalten.

9. Der Ausführung des Staatsanwaltes, unter der in § 80 des Strafgesetzbuches erwähnten Competenz sei die „allgemeine Competenz" zu verstehen und der Ausführung der Minderheit der Appellationskammer, die Steuerbehörde sei deßwegen kompetent gewesen, weil unter Competenz die Befugniß einer Behörde, über einen Gegenstand Entschließung zu fassen, zu verstehen sei, liegt eine Verwechslung zu Grunde. Jede Behörde soll handeln, wenn anscheinend ein Fall vorliegt, in welchem sie nach Gesetz oder darauf gestützter Verordnung auf Ansuchen eines Privaten oder von Amtes wegen zu verfügen hat, aber die Verfügung unterlassen oder zurücknehmen, wenn sich, was ja häufig vorkommt, erst im Laufe des Verfahrens zeigt, daß der vorausgesetzte Fall nicht gegeben ist; ob die Behörde kompetent sei, entscheidet sich jeweilen im einzelnen, zur Behandlung kommenden

alle. Der Richter, welcher über einen bestimmten Streitwerth oder die Klage gegen inen, in einem bestimmten Bezirke wohnenden Beklagten zu entscheiden hat, soll die Klage an Hand nehmen, wenn in derselben behauptet wird, es handle sich um fraglichen Streitwerth oder der Beklagte wohne in fraglichem Bezirke und das Gegentheil nicht von Anfang an vorliegt; aber er soll sich inkompetent erklären, wenn nachher sich zeigt, daß der behauptete Streitwerth nicht vorhanden ist oder daß der Beklagte nicht in fraglichem Bezirke wohnt. Die Polizeibehörde, die nach Gesetz oder Verordnung befugt ist, dem Besitzer eines seuchekranken Thieres dessen Tödtung zu befehlen, soll demjenigen den Befehl zustellen, den sie für den Besitzer hält, soll aber den Befehl wegen Inkompetenz zurücknehmen, wenn sich ergibt, daß er gegen Jemanden erlassen ist, welcher das Thier nicht besitzt; denn sie ist nicht kompetent, jedem beliebigen Privaten die Tödtung eines ihm nicht gehörenden Thieres zu befehlen.

10. Auf die streitige Frage, ob Ungehorsam gegen eine amtliche Verfügung auch dann vorliegt, wenn zwar die Behörde, welche die nicht befolgte Verfügung erlassen hat, dazu nach einer Verordnung kompetent war, die Verordnung selbst aber gesetzwidrig ist, also die Behörde, welche die Verordnung erlassen hat, dazu nicht berechtigt war, ist im vorliegenden Falle nicht einzutreten, da die Gesetzmäßigkeit der regierungsräthlichen Verordnung vom 5. März 1870 nicht angefochten ist.

11. Es ist auch unerheblich, ob dem Angeschuldigten gegen die nicht befolgte Verfügung das Rechtsmittel des Rekurses an den Regierungsrath zugestanden hätte und binnen welcher Frist von dem Rechtsmittel hätte Gebrauch gemacht werden müssen. Abgesehen davon, daß diese Frage bei den vielfach unklaren Bestimmungen des Erbschaftssteuergesetzes, des Gesetzes betr. die Vermögens-, Einkommens- und Aktivbürgersteuer und des Gesetzes betreffend die Organisation des Regierungsrathes schwer zu beantworten wäre und daß ein Rekurs des Angeschuldigten konsequenter Weise aus den nämlichen, zwar unstichhaltigen Gründen verworfen worden wäre, aus denen mit Beschluß des Regierungsrathes vom 15. Oktober 1887 der Rekurs der Wittwe Hardmeier verworfen worden ist, — hätte die Unterlassung des Rekurses aus Rechtsunkunde oder aus Versehen zwar die Folge, daß die Verwaltungsbehörden bei ihrem weitern Vorgehen die erstinstanzliche Verfügung als anerkannt hätten betrachten dürfen, aber nicht die Folge, daß der Strafrichter die Nichtbefolgung der Verfügung als strafbaren Ungehorsam aufzufassen hätte.

12. Selbst wenn übrigens die Verfügung des Gemeindrathes vom 10. Dezember 1887 als „von kompetenter Stelle erlassene Verfügung“ (§ 80 des Strafgesetzbuches) aufzufassen wäre, so wäre der Angeschuldigte dennoch freizusprechen, weil die Befolgung der Verfügung rechtlich unmöglich war, gerade wie, um das früher angeführte Beispiel zu gebrauchen, es demjenigen, dem ein Thier *nicht* gehört, rechtlich unmöglich ist, den Befehl, das ihm gehörende Thier zu tödten, zu befolgen. Die Verfügung lautete, Friedrich Hardmeier werde aufgefordert, „ein Inventar über das ihm von seinem Bruder angefallene Vermögen einzureichen“. Nun ist ihm dieses Vermögen nicht angefallen, weil er zwar nach Intestaterbrecht zur Erbschaft berufen war, aber von diesem Rechte keinen Gebrauch gemacht hat und die Fiction, daß er davon Gebrauch gemacht habe, dem Fiskus nicht zusteht. Daß ihm als Miteigenthümer sämmtlicher Erbschaftsaktiven und Besitzer derselben zur idiellen Hälfte *thatsächlich* möglich gewesen wäre, ein Inventar aufnehmen, ist rechtlich unerheblich.

13. Wenn eine Simulation vorläge, d. h. wenn der Angeklagte die Erbschaft thatsächlich übernommen hätte, aber mit der Wittwe Hardmeier, die, wenn sie die Erbschaft übernommen hat, keine Erbschaftssteuer zu bezahlen hat, übereingekommen wäre, daß sie sich der Steuerbehörde gegenüber als Uebernehmerin der Erbschaft darstelle, damit er, der Bruder, sich der Bezahlung der Steuer entziehen könne, so könnte allerdings der Angeklagte nicht einwenden, die von ihm nicht befolgte Verfügung sei nicht von kompetenter Stelle erlassen oder die Befolgung derselben

sei rechtlich unmöglich. Allein die Akten der Strafuntersuchung genügen nicht zur Annahme dieser Simulation und der Staatsanwalt macht es auch nicht zum Gegenstand der Beschwerde, daß der Vorderrichter diese Simulation nicht angenommen habe. Allein auch wenn aus dem vorliegenden Thatbestande der Schluß auf eine Simulation zu ziehen gewesen wäre und wenn der Ankläger diese Simulation geltend gemacht hätte, so läge in der Unterlaßung dieser Schlußfolgerung von Seite des Vorderrichters kein Nichtigkeitsgrund.

Ehrverletzung durch die Presse.

Dem Kläger steht eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Beschluß der Rekursinstanz, daß er sich auf Verlangen des Beklagten über die Richtigkeit der ihm gemachten Vorwürfe als Zeuge einvernehmen lassen müsse (§ 861 des Rechtspflegegesetzes) nicht zu. Die in § 866 des Rechtspflegegesetzes enthaltene Strafbestimmung findet aber auf ihn keine Anwendung, wenn er sich weigert, Zeugniß abzulegen, sondern es kann ihm nur, je nach Umständen Rückzug oder Reduktion der Klage angedroht werden.

Die Erklärung des Herausgebers der beleidigenden Druckschrift, daß er die Zeugnißablegung über die Autorschaft verweigere und die Verantwortlichkeit selbst übernehme (§ 1016 Abs. 2 des Rechtspflegegesetzes) bildet keinen Strafbefreiungsgrund für den Verfasser und es ist deßhalb auf Verlangen des Klägers die auf dessen Ermittlung gerichtete Untersuchung gleichwohl fortzusetzen. (§ 223 des Strafgesetzbuches und § 1016 Absatz 1 des Rechtspflegegesetzes.)

Kassationsgericht Zürich, 9. April 1888.

In einem Prozesse betreffend Ehrverletzung durch die Druckerpresse wurde die Klage zunächst auf Verleumdung und eventuell auf Beschimpfung gerichtet und zwar gegen den Verfasser, eventuell je gegen die in § 223 des Strafgesetzbuches bezeichneten Personen nach der dort bestimmten Reihenfolge (Herausgeber, Verleger, Drucker). Gemäß § 1016 der Strafprozeßordnung wurde im Untersuchungsverfahren vor Allem aus der Herausgeber des betreffenden Blattes als Zeuge vorgeladen, um über die Person des Verfassers fraglicher Einsendung Auskunft zu geben, er verweigerte aber, wie er das nach der nämlichen Gesetzesstelle zu thun berechtigt war, die Ablegung des Zeugnisses mit der Erklärung, daß er die Verantwortlichkeit selbst übernehme. Gleichzeitig stellte er, um bezüglich der Verleumdungsklage den Wahrheitsbeweis oder wenigstens den Beweis des guten Glaubens führen zu können, das Begehren, daß der Kläger selbst über eine, den Gegenstand, der Klage bildende thatsächliche Behauptung der fraglichen Einsendung als Zeuge einvernommen werde. Letzterer hielt sich aber zu der verlangten Zeugnißablegung nicht verpflichtet und stellte seinerseits das Begehren, daß weitere Nachforschungen nach dem wirklichen Verfasser der Einsendung angestellt und insbesondere zu diesem Behufe zwei näher bezeichnete Personen als Zeugen einvernommen werden. Der Untersuchungsrichter wies das Begehren des Angeklagten ab und entsprach demjenigen des Klägers. Die Appellationskammer des Obergerichts dagegen entschied mit Beschluß vom 6. Dezember 1887 in umgekehrtem Sinne. Sie beauftragte den Untersuchungsrichter, den Kläger als Zeugen einzuvernehmen und falls er die Ablegung des Zeugnisses verweigern sollte, gemäß § 866 des Rechtspflegegesetzes gegen ihn vorzugehen und wies denselben dagegen an, die weitern Nachforschungen nach dem Einsender des eingeklagten Artikels einzustellen so lange nicht der jetzige Angeklagte einen solchen nenne und die eigene Verantwortlichkeit ablehne. In der Begründung wurde ausgeführt: Die Bestimmungen der §§ 759—1011, also auch diejenige des § 861, wonach Jedermann zum Zeugniß verpflichtet ist, insofern nicht die Ausnahmen der §§ 862 u. 863 vorliegen, finden auch auf die Ehrverletzungsklagen Anwendung, wenn nicht das Gesetz etwas Anderes bestimme. Es entspreche nur dem Gesetze, wenn der Kläger ebenso wie der Geschädigte im gewöhnlichen Strafprozeß

als Zeuge einvernommen werde, wie auch im Strafprozesse die nächsten Verwandten des Klägers resp. Geschädigten unbestrittenermaßen nicht bloß als Zeugen zuläßig, sondern zum Zeugniß verpflichtet seien; daß es sich im Civilprozesse anders verhalte, sei eben eine Folge der inneren Verschiedenheit zwischen Civil- und Strafprozeß. Bezüglich des zweiten Punktes sprechen sowohl der Wortlaut des Gesetzes, § 1016 Satz 2 des Rechtspflegegesetzes als dessen innerer Grund entschieden für die Ansicht, daß die kriminelle Haft des Autors dahin falle, so bald der Herausgeber die Verantwortlichkeit übernehme und daß daher auch die Nachforschung nach dem erstern nicht mehr zuläßig sei, sobald dieß geschehe. Diesen Entscheid griff der Kläger mit der Kassationsbeschwerde an und das Kassationsgericht erkannte darauf:

1. Soweit der angefochtene Beschluß die Verpflichtung des Klägers zur Zeugnißablegung ausspreche, sei er mit der Nichtigkeitsbeschwerde nicht anfechtbar, wohl aber soweit er für den Fall der Zeugnißverweigerung bestimme, daß nach Vorschrift von § 866 des Rechtspflegegesetzes gegen den Kläger vorgegangen werden solle und in letzterer Richtung erscheine die Beschwerde denn auch materiell begründet und müsse vielmehr erkannt werden, daß Kläger nur unter der Androhung als Zeuge vorgeladen werden dürfe, daß im Falle der Zeugnißverweigerung angenommen würde, er klage nicht auf Verläumdung, soweit sich die Einsendung auf den Vorwurf beziehe, dessen Richtigkeit der Angeklagte durch sein Zeugniß beweisen wolle oder mit Bezug auf welchen er im guten Glauben gewesen zu sein behaupte und behufs dieser Feststellung die Zeugnißablegung des Klägers verlange.

2. Soweit der angefochtene Beschluß den Untersuchungsrichter anweise, die weitern Nachforschungen nach dem Verfasser des eingeklagten Artikels einzustellen, werde er als nichtig aufgehoben.

Gründe:

1. Soweit der Entscheid die Zeugnißpflicht des Klägers feststellt, wird er angefochten gestützt auf § 1091 Zif. 6 des Rechtspflegegesetzes, welcher lautet: „Die Nichtigkeitsbeschwerde ist zuläßig wegen: 6. Verletzung materieller Gesetzesvorschriften“. Die Auslegung, welche der Vorderrichter dem § 861 des citirten Gesetzes gebe, sei falsch, denn dieser Paragraph verstehe unter dem Untersuchungsmittel eines „Zeugen“ eine dritte Person außer dem Richter und den Partheien, nun ist aber die Frage, *wer* in Strafuntersuchungen zur Zeugnißablegung verpflichtet sei, nicht eine solche des materiellen Strafgesetzes, sondern eine solche des Strafprozesses und es bestimmt auch das Gesetz betreffend die Rechtspflege unter Titel B die einzelnen Untersuchungshandlungen, Zif. 6, Vernehmung der Zeugen, §§ 861 und folgd., wer Zeugniß abzulegen habe und wer von dieser Pflicht ausgenommen sei. Wenn also der bezirksgerichtliche Untersuchungsrichter gestützt auf diese strafprozeßualischen Bestimmungen durch Verfügung eine bestimmte Person zur Ablegung des Zeugnisses verpflichtet oder nicht verpflichtet, so erläßt er damit eine strafprozeßualische Verfügung, die gemäß § 1070 Zif. 3 des Rechtspflegegesetzes auf dem Rekurswege an die Appellationskammer gezogen werden kann. Allein der Entscheid dieser Rekursinstanz ist nur dann mit der Nichtigkeitsbeschwerde (§ 1074) anfechtbar, wenn eine der in § 1091 des citirten Gesetzes verlangten Voraussetzungen zutrifft. Allein das ist hier nicht der Fall. Der Kassationspetent stützt seine Beschwerde ausdrücklich auf Zif. 6 des § 1091. Nun aber wäre die behauptete Gesetzesverletzung nach dem Gesagten nicht eine Verletzung materieller Gesetzesvorschriften, sondern eine Verletzung der prozeßualischen Bestimmungen. Eine solche kann aber nicht unter dem Titel der Zif. 6 des § 1091 angefochten werden (Streuli, Commentar ad. § 1091 Zif. 6 Nr. 16). Daß aber die Voraussetzungen der Ziffern 1—5 des § 1091 vorliegen, ist nicht behauptet, eventuell würden Zif. 1—3 nach den Akten ohne Weiteres außer Betracht fallen. Auf Zif. 4 und 5 kann ein Kläger sich nicht berufen und von der Anwendung der Zif. 5 könnte schon deshalb nicht die Rede sein, weil z. B. ein Schulderkenntniß überall nicht vorliegt.

2. Nach dem Angeführten steht dem Kläger das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde, soweit durch den angefochtenen Beschluß dessen Einvernahme als zuläßig erklärt wird, nicht zu und es hat daher das Kassationsgericht keine Veranlassung, seine Ansicht darüber auszusprechen, ob die Einvernahme eines Anklägers als Zeugen überhaupt zulässig sei.

3. Dagegen kommt in Frage, ob, wenn Kläger auf seiner, nach Ansicht des Vorderrichters ungerechtfertigten Weigerung, über eine den Gegenstand der Klage bildende thatsächliche Behauptung als Zeuge sich auszusprechen, beharrt, nach § 866 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege gegen ihn vorgegangen, ob er also 24 Stunden in Gefangenschaft gesetzt und mit weiterer Ordnungsstrafe belegt werden dürfe. Die Bestimmung des § 866 ist allerdings eine prozessualische, zugleich aber, soweit sie einen Zeugen wegen pflichtwidrigen Benehmens mit Strafe bedroht, eine materielle und daher Kläger berechtigt, gemäß § 1091 Zif. 6 des Rechtspflegegesetzes darüber den Entscheid des Kassationsgerichtes anzurufen.

4. Nun folgt aus dem Wesen der Ehrverletzungsklage, daß, wenn Kläger sich weigert, über die der Klage zu Grunde liegende thatsächliche Behauptung des Beklagten sich auszusprechen, jedenfalls die in § 866 enthaltene Strafbestimmung auf ihn nicht Anwendung findet.

5. Es liegt nämlich in der Willkür des Beleidigten, ob er eine Ehrverletzung überhaupt verfolgen und bejahendenfalls, ob er, soweit Verläumdung in Frage kommen könnte, auf Verläumdung oder aber bloß auf Beschimpfung im Sinne von § 151 Satz 2 und allfällig auch im Sinne von § 152 lit. b des St.-G.-B. klagen wolle. Verweigert er also, über eine den Gegenstand der Klage bildende thatsächliche Behauptung des Beklagten sich auszusprechen, so erklärt er damit, er klage nur wegen der Weise, in welcher die Behauptung vorgebracht worden sei und wegen der daran geknüpften von ihm als Ehrverletzung bezeichneten Bemerkungen, vorausgesetzt nämlich, daß, wie der Vorderrichter annimmt, Beklagter überhaupt berechtigt sei, sich für seine Behauptung auf den Kläger zu berufen.

6. Was sodann die Beschwerde wegen Untersagung von Nachforschungen nach dem Verfasser der Einsendung betrifft, so ist die Frage, wer für ein durch die Druckpresse verübtes Vergehen strafrechtlich zu haften habe und in welcher Reihenfolge die Haftung die verschiedenen in Frage kommenden Personen treffe, eine Frage des materiellen Strafrechts. Sie ist daher auch im Strafgesetzbuch beantwortet und zwar durch § 223.

7. Nach diesem Gesetzesparagraphen haftet in erster Linie der Verfasser und bloß in drei Fällen wird derselbe nicht bestraft, sondern an dessen Stelle der Herausgeber mit Strafe belegt, nämlich, wenn die Herausgabe ohne Wissen und Willen des Verfassers stattgefunden hat, wenn der Verfasser nicht entdeckt werden kann oder wenn er nicht vor die zürcherischen Gerichte gezogen werden kann. Einen weitern Befreiungsgrund des Verfassers, namentlich denjenigen einer Erklärung des Herausgebers, selbst haften zu wollen, kennt das Strafgesetzbuch nicht. Daß die Strafprozeßordnung an diesen Bestimmungen des materiellen Rechtes etwas habe ändern wollen, ist von vornherein nicht zu vermuthen und ist auch nicht der Fall. In § 1016 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege ist ja vorgeschrieben, daß die Untersuchung sich in erster Linie mit Ermittlung des Verfassers zu befassen habe, wenn nicht eine bestimmte Person eingeklagt sei. Allerdings ist beigefügt, daß der zuvörderst als Zeuge einzuvernehmende Herausgeber das Zeugniß über die Autorschaft verweigern könne, wenn er selbst die Verantwortlichkeit übernehme, allein nicht bestimmt, daß wenn der Herausgeber dieß thue, damit die Untersuchung zur Ermittlung des Verfassers dahinfalle; im Gegentheil weist der Ausdruck „zuvörderst" daraufhin, daß wenn das nächstliegende Mittel, nämlich die Einvernahme des Herausgebers, nicht zum Ziele führe, allfällige weitere Mittel zu benutzen seien. Der Herausgeber wird von der Zeugnißpflicht befreit, damit er nicht einem ihm geschenkten Vertrauen zuwiderhandeln müsse, nicht weil der Gesetzgeber für recht hielt, daß ein Beleidiger sich hiebei hinter dem Herausgeber

verbergen dürfe. Es liegt demnach in dem vom Vorderrichter gegebenen Auftrage, daß die weitern Nachforschungen nach dem Verfasser eingestellt werden, eine Verletzung der materiellen Gesetzesvorschrift des § 223 des St.-G.-B.

Schadenersatzklage

eines Dienstknechtes gegenüber seinem Dienstherrn bezüglich des Schadens, den er anlässlich der Verrichtung einer Dienstobliegenheit erlitten hat. Anrufung der Art. 400 Abs. 2 und 65 des O.-R. seitens des Klägers.

(Obergericht Zürich, Appellationskammer, 10. April 1888.

Der Fuhrhalter Jakob Heer in Eßlingen-Egg stellte im August 1886 den Johannes Gysel von Wilchingen zu einem Wochenlohn von 4 Fr. im Winter und 6 Fr. im Sommer als Fuhrknecht an. Gysel blieb bis am 16. April 1887, an welchem Tage er in Folge einer Verletzung arbeitsunfähig wurde. Der Dienstherr Heer hatte nämlich Anfangs April 1887 ein neues Pferd gekauft. Dieses litt an einem sogenannten „Kummetdruck“ d. h. es hatte am Hals, hervorgebracht durch fehlerhafte Kummete, eine wunde Stelle. Diese Wunde mußte täglich mit Seifengeist eingerieben werden und diese Manipulation ist dem in der Behandlung von Pferden bewanderten Fuhrknecht Gysel übertragen worden. Am Abend des 16. April 1887 nahm nun Gysel die Manipulation des Einreibens an dem fraglichen Pferde wieder vor. Da der Seifengeist, mit einer offenen Wunde in Berührung gebracht, Schmerz (Brennen) erzeugt, schnellte das Pferd mit dem Kopf in die Höhe, wobei die linke Hand Gysels unter den um den Hals des Thiers geschlungenen Strick gerieth und der Mittelfinger derselben zerrissen bezw. zerquetscht wurde. Der Unfall gab Veranlassung zu Schadenersatzansprüchen, die Gysel gegenüber dem Dienstherrn Heer erhob. Er verlangte nämlich von demselben Bezahlung einer Schadenersatzsumme von 800 Fr. Der Anspruch wurde darauf gegründet, daß hier ein Mandat vorliege, weil Kläger mit den betreffenden Einreibungen speziell beauftragt worden sei, der Schaden sich als ein aus dem Auftrage erwachsener darstelle und deßhalb gemäß Art. 400 Abs. 2 des O.-R. vom Beklagten, als dem Auftraggeber, vergütet werden müsse, sofern er nicht die Abwesenheit jedes Verschuldens seinerseits beweisen könne, was nicht der Fall sei. Denn in Wirklichkeit habe derselbe den Unfall dadurch verschuldet, daß er das Angebundensein des Pferdes an einem langen Strick, statt an einer Halfter geduldet habe. Ursprünglich sei das Pferd nämlich an einer Halfter angebunden gewesen, dann habe es diese zerrissen und sei vom Nebenknecht bloß mit einem Strick angebunden worden. Trotz seiner Reklamation, daß wieder eine Halfter nöthig sei, habe der Beklagte nicht für eine solche gesorgt. Derselbe hafte somit auch aus dem Titel des Verschuldens und überdem müsse der Art. 65 des O.-R., welcher von der Haftpflicht für Schaden, den ein Thier anrichtet, handelt, der Klage zum Siege verhelfen. Der als Experte zugezogene Bezirksthierarzt Weber in Uster erklärte, daß jeder Knecht, der auch nur einigermassen mit der Behandlung, Wartung und Pflege eines Pferdes vertraut sei, wissen solle und müsse, daß Manipulationen wie die vorliegende ohne Gefahr nur vorgenommen werden können, wenn das Pferd entweder ganz frei gelassen oder dann ganz kurz angebunden werde. Da der Kläger das Pferd weder freigelassen noch kurz angebunden habe, müsse der Unfall auf sein eigenes Verschulden zurückgeführt werden. *Die Klage wurde abgewiesen.*

Gründe:

1. Wie auch die erste Instanz anzunehmen scheint, ist die körperliche Verletzung des Klägers, aus welcher der Schadenersatzanspruch hergeleitet wird, herbeigeführt worden bei Verrichtung von Diensthandlungen, welche dem Kläger als Knecht oblagen, nicht etwa bei einer Thätigkeit, welche über die Verpflichtungen aus dem mit dem Dienstherrn abgeschlossenen Dienstvertrage hinausgeht. Der Beklagte betreibt die Fuhrhalterei im

Kleinen, nicht etwa in dem Umfange, welcher eine besondere, derjenigen aus Fabrikbetrieb ähnliche Haftpflicht begründen würde und wo demnach auch die gegenseitigen Verpflichtungen von Dienstherr und Knecht einer schärfern Ausscheidung bedürften. Er hat nur 2 Knechte. Bei solchen Verhältnissen, ähnlich wie beim landwirthschaftlichen Betriebe, sind die Verpflichtungen eines Dienstknechtes ziemlich dehnbare und insbesondere kann es im vorliegenden Falle nicht als eine über den gewöhnlichen Dienstvertrag hinausgehende Zumuthung betrachtet werden, wenn der in der Behandlung von Pferden bewanderte Knecht, sei es durch einmaligen, sei es durch wiederholten Befehl, damit beauftragt wurde, ein durch Kummetdruck am Halse verletztes Pferd des Dienstherrn zu pflegen, insbesondere täglich die Wunde mit Seifengeist einzureiben.

2. Aus dieser Annahme folgt nun ohne Weiteres, daß der vom Kläger angerufene Art. 400 des O.-R., welcher das Mandat beschlägt, hier nicht zur Anwendung kommen kann. Es ergibt sich daraus aber auch, daß im Fernern die Anrufung des Art. 65 des O.-R. unzutreffend ist, denn diese Gesetzesstelle bezieht sich nur auf *ausserkontraktliches* Verschulden des Eigenthümers von Thieren, gleich wie sich Art. 50 und folgende nur auf außerkontraktliches Verschuldeu überhaupt beziehen, währenddem im vorliegenden Falle, wo der Kläger anläßlich der Erfüllung gewisser durch sein Anstellungsverhältniß begründeter Dienstverpflichtungen verletzt wurde, nur eine Haftung des Beklagten aus dem Dienstvertrage resp. eine Haftung desselben aus einem Verschulden *in der Eigenschaft als Dienstherr* (vertragliches Verschulden) in Frage kommen kann.

3. Hieraus folgt weiter, daß die allgemeinen Regeln über den Beweis eines kontraktlichen Verschuldens zur Anwendung kommen und somit der Kläger, welcher daraus ein Recht herleiten will, das Verschulden des Beklagten zu beweisen hat, während sowohl bei Anwendung des Art. 400 als bei Anwendung des Art. 65 die Beweislast gemäß der in diesen Artikeln enthaltenen Vorschrift dem Beklagten zugefallen wäre. Nun hat aber der Kläger ein Verschulden des Beklagten an dem ihn betroffenen Unfall nicht nachgewiesen, sondern es ergibt sich gegentheils, daß er die erhaltene Verletzung seiner eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben hat (was des Nähern ausgeführt wird) und muß demnach die Klage abgewiesen werden.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. Juni 1888. VII. Band. № 11.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter“ erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil
des
Handelsgerichtes Zürich
vom 4. Mai 1888
in Sachen

Grübel & Cie. in Lindau, Kläger und Widerbeklagten,

gegen

Bierbrauer *Brunner* in Nürensdorf, Beklagten und Widerkläger,

betr. Forderung aus Darlehen und Kauf.

Streitfragen:

I. der Hauptklage: Ob der Beklagte nicht schuldig sei, den Klägern 1000 Frkn. nebst Zins à 5 % seit 25 Juli 1885 zu bezahlen?

II. der Widerklage: Ob die Kläger und Widerbeklagten nicht schuldig seien, an den Beklagten und Widerkläger 4407 Fr. 20 Rp. abzüglich 1360 Fr. zu bezahlen?

Thatsächliches:

A. Ende Mai 1884 kam Grübel, Antheilhaber der klägerischen Firma, zum Beklagten nach Nürensdorf und bat denselben, daß er ihm mit Hopfen aushelfen möchte. Die Beiden wurden einig, daß Brunner an Grübel & Cie. drei Ballen 1883ger Hopfen abgebe gegen die Verpflichtung der letztern, ihm in den Monaten Oktober-Dezember 1884 ein gleiches Quantum 1883ger Hopfen von der nämlichen Qualität zurückerstatten und per Centner resp. 50 Kilo ein „Aufgeld“ von 45 Fr. zahlen zu wollen. Brunner lieferte die 3 Ballen im Gewichte von 402 Kilo und erhielt am 14. Juli das vereinbarte Aufgeld mit 360 Fr.

B. Kurz nach der Abwicklung dieses ersten Geschäftes kam Grübel neuerdings nach Nürensdorf und die Folge davon war, daß Brunner der klägerischen Firma zum zweiten Mal drei Ballen 1883ger Lagerbierhopfen und zwar dieß Mal im Gewichte von 385 Kilo schickte.

Mit Brief vom 16. August 1884 avisirte er diese zweite Sendung, bemerkend: „Das Gewicht beträgt 770 Pfd., per Zentner, nach meinem Kauf, à 270 Fr. = 2074 Fr. Wollen Sie die Güte haben, mir dieses Gewicht zu notiren *und sodann mit guter Qualität Lagerbierhopfen, 1884ger, ersetzen nach Verabredung.*“

Grübel versprach dem Beklagten beim zweiten Besuch die Zusendung von 1000 Fr., weßhalb der letztere in dem genannten Brief vom 16. August schreibt: „Sie übersenden

mir ebenfalls nach Vereinbarung als *Anzahlung* die Summe von 1000 Frkn. und zwar möchte ich Sie bitten, mein Guthaben bis spätestens den 26. August zu reguliren." Die Kläger antworteten mit Brief vom 22. August 1884: „Gegen die uns überlassenen drei Ballen 1883ger Hopfen haben wir Ihnen *im Laufe der kommenden Saison das gleiche Quantum 1884ger Hopfen zu liefern.* Wir beehren uns, Ihnen einliegend 1000 Fr. vista Zürich zu behändigen und beziehen uns des Weitern auf unsere mündliche Verabredung, *dass Sie die 1000 Fr. uns auf Jakobi 1885 zurückzuerstatten haben.*"

Am 31. August 1884 will Beklagter den Klägern über die 6 Ballen Hopfen Factur ertheilt haben im Betrage von 4407 Fr. 20, abzüglich empfangener 1000 Fr., die Kläger bestreiten aber den Empfang einer solchen Faktur.

C. Im Jahre 1886 lieferten die Kläger dem Beklagten Malz und dieser acceptirte für den Kaufpreis zwei Wechsel. Den ersten im Betrage von 750 Fr. löste er am 13. Mai 1886 ein, schrieb dann aber am 15. Mai den Klägern, daß er den zweiten, per Ende Mai fälligen Wechsel nicht einlöse, bis letztere die 6 Ballen Hopfen bezahlt haben, worauf diese am 27. Mai antworteten, daß sie die Hopfen nicht zu bezahlen, sondern nach Vertrag einfach durch andere zu ersetzen haben, was schon längst geschehen wäre, wenn Brunner sie nicht stets ersucht hätte, den Versandt noch nicht zu bewerkstelligen. Sie gewärtigen stündlich Versandtdisposition gegen Einsendung der schuldigen, schon mit Jacobi 1885 fällig gewesenen 1000 Fr. Der Beklagte scheint dann später auch den zweiten Wechsel eingelöst zu haben und die alten Differenzen blieben einstweilen wieder ruhen, Kläger lieferten die 6 Ballen nicht und der Beklagte zahlte die 1000 Fr. nicht.

D. Schließlich wollten nun aber Kläger das Verhältniß doch liquidirt haben und sie leiteten deßhalb im Juni 1887 beim Bezirksgericht Zürich Klage über die Rechtsfrage ein, ob der Beklagte nicht verpflichtet sei, ihnen die 1000 Fr. nebst Zins seit Jakobi 1885 zurückzuzahlen. Der Beklagte bestritt aber die Competenz des Bezirksgerichtes, behauptend, daß der Streit vor das Handelsgericht gehöre und es wurde die Inkompetenzerklärung wirklich ausgesprochen. In Folge dessen leiteten Kläger im April d. Js. die gleiche Klage beim Handelsgericht ein. Sie sind bereit, gleichzeitig gegen Zahlung der Urtheilssumme dem Beklagten 6 Ballen Hopfen zu liefern. Der Letztere stellte die Eingangs erwähnte Widerklage.

E. Die schriftliche Klageinlassung und Widerklagebegründung des beklagtischen Vertreters ist eine ziemlich unklare. Er erklärt, daß das erste Hopfengeschäft „gewissermaßen" ein Darlehen sei, indem es die Meinung gehabt habe, daß Kläger ein gleiches Quantum derselben Qualität zurückerstatte. Dagegen qualifizire sich das zweite Hopfengeschäft als Kauf, denn die Kläger haben versprochen, an Zahlung dieser 3 Ballen Hopfen Malz zu liefern. Die 1000 Fr. seien eine à Conto-Zahlung an diese Hopfenlieferung gewesen, immerhin in der Meinung, daß sie mit Jakobi 1885 zurückbezahlt werden müssen, wenn Kläger bis dahin die 6 Ballen Hopfen wieder zurückliefern. Da letztere das nicht gethan und kein Malz auf Abrechnung, sondern nur gegen Accept geliefert haben, so können sie die 1000 Fr. nicht zurückfordern und müssen die Hopfen bezahlen; der in der Streitfrage genannte Facturawerth von 4407 Fr. 20 Rp. werde indeß um 82 Fr., also auf 4325 Fr. 20 Rp. reduzirt und lasse sich der Beklagte daran die 1000 Fr. und das empfangene Aufgeld von 360 Fr. abrechnen. In der Hauptverhandlung selbst wurde der Standpunkt des Kaufes ganz fallen gelassen und zugegeben, daß die Vertragsmeinung auch beim zweiten Hopfengeschäft „gewissermaßen" (wie man sich ausdrückte) auf ein Darlehen gerichtet gewesen sei. Die Kläger seien aber wiederholt zur Rückerstattung der 6 Ballen Hopfen gemahnt worden und haben diese auch versprochen, aber das Versprechen nicht gehalten. Schließlich hätten sie die Lieferung von Malz statt Hopfen zugesagt, indessen auch dieses Versprechen nicht gehalten und daraus folge ihre Verpflichtung, die Hopfen nunmehr zu bezahlen. Der Beklagte selbst bemerkte sodann noch persönlich, daß wenn er die Hopfen auch heute noch annehmen müsse,

er solche der Jahrgänge 1886 oder 1887 verlange, worauf sich die Kläger bereit erklärten, statt 1883ger und 1884ger 1886ger Hopfen zu liefern.

Entscheidungsgründe:

1. Die Kläger stützen ihren Forderungsanspruch auf den Titel des Darlehens und es unterliegt nun, nachdem der Beklagte den anfänglich eingenommenen Standpunkt, daß der zweiten Hopfenlieferung ein Kaufgeschäft zu Grunde liege und die 1000 Fr. eine Anzahlung an den Kaufpreis gewesen seien, — aufgegeben hat, in der That auch keinem Zweifel mehr, daß das Rechtsgeschäft, welches der im August 1884 erfolgten Hingabe der 1000 Fr. an den Beklagten zu Grunde lag, wirklich ein Darlehensvertrag war. Einen andern Rechtsgrund hat der Beklagte nach Aufgabe des Standpunktes der Zahlung selbst nicht angegeben und übrigens spricht dafür auch die anerkannte Vereinbarung eines bestimmten Rückzahlungstermines, wie solche schon im klägerischen Briefe vom 22. August 1884 bestätigt wird. Wenn der Beklagte in seinem Briefe vom 16. August 1884 von einer „Anzahlung" an die gelieferten Hopfen sprach, so war das nur eine ungenaue Ausdrucksweise für den Gedanken, daß ihm die Darlehensschuld von 1000 Fr. eine gewisse Garantie für richtige Rücklieferung der gesandten Hopfen bieten solle, was deutlich genug daraus hervorgeht, daß er im nämlichen Briefe die Verabredung betont, es haben Kläger ihm die gesandten Hopfen in guter Qualität vom Jahrgang 1884 zu ersetzen und folglich nicht zu zahlen.

2. Unter diesen Umständen erscheint die Klage begründet, falls der Beklagte nicht eine ebenso große Gegenforderung hat, mit der er compensiren kann. Dieß wird nun von ihm behauptet, denn er macht geltend, daß ihm die Beklagten 4316 Fr. 20 Rp., abzüglich 360 Fr., schulden und davon will er 1000 Fr. zur Compensation mit der Hauptklagesumme verwenden, währenddem der Rest als selbständiger Anspruch mittelst Widerklage gefordert wird. Diese Gegenforderung ist nun aber vollständig unbegründet und müssen deßhalb sowohl Compensationseinrede als Widerklage abgewiesen werden. Der Beklagte verlangt nämlich die Bezahlung der den Klägern gelieferten sechs Ballen Hopfen, er hat aber absolut keinen Titel für diesen Anspruch. Anfänglich machte er, wenigstens theilweise, Kauf geltend, hat aber diesen Standpunkt in der Hauptverhandlung fallen lassen mit der Erklärung, die Willensmeinung der Contrahenten sei bei beiden Hopfenlieferungen „gewissermaßen" auf ein Darlehen gerichtet gewesen, worin die Zugabe liegt, daß die Hopfen nicht gegen Zusicherung eines Aequivalentes in Geld, eines Kaufpreises, sondern gegen das Versprechen der Rückgabe anderweitiger Hopfen in derselben Quantität und Qualität geliefert worden sind und in der That bedarf es ja nur eines Blickes in die Briefe der Parteien vom 16. und 22. August 1884, um diese Vertragsmeinung so deutlich bestätigt zu finden, daß es unbegreiflich erscheint, wie der Beklagte auch nur momentan darauf verfallen konnte, etwas Anderes geltend zu machen. Der ursprüngliche Vertrag ist nun aber auch heute noch maßgebend und nach demselben kann eben der Beklagte nur Hopfen und kein Geld fordern, es wäre denn, daß sich der Anspruch auf Lieferung von Hopfen im Laufe der Zeit in einen Geldanspruch umgewandelt hätte. Eine solche Umwandlung scheint der beklagtische Vertreter geltend machen zu wollen, zur Begründung seines Standpunktes hat er sich aber darauf beschränkt, zu sagen: „Die Kläger sind von uns umsonst zur Hopfenlieferung gemahnt worden, es haben dieselben auch die spätere Abmachung, daß statt Hopfen Malz geliefert werden solle, nicht erfüllt, sie sind daher verpflichtet, die ihnen gelieferten sechs Ballen Hopfen zu bezahlen." Allein es leuchtet ein, daß dieser Satz jeder rechtlichen Begründung entbehrt. Aus der Thatsache des Verzuges des Schuldners folgt keineswegs die Berechtigung des Gläubigers, statt der geschuldeten Leistung das Geldaequivalent zu fordern. Dem Vertreter des Beklagten scheint vorgeschwebt zu haben, es handle sich hier um einen zweiseitigen Vertrag und es treffen die Voraussetzungen zu, unter denen bei solchen Verträgen beim Verzuge des einen Theils der andere zurücktreten könne. Allein

unterstellt einmal, es könnte hievon die Rede sein, so hätte der Beklagte doch nur das Recht, das von seiner Seite geleistete, also Hopfen zurückzufordern und im Falle eines Verschuldens Schadenersatz zu verlangen.

3. Die einzig mögliche Construktion einer Verpflichtung der Kläger zur Leistung des Geldaequivalentes wäre die gewesen, daß sich der Beklagte auf die Unmöglichkeit der Erfüllung der ursprünglichen Verbindlichkeit durch Verschulden der Kläger hätte berufen können; in diesem Falle würde sich letztere in eine Verbindlichkeit zum Schadenersatz auflösen (Art. 110 des O.-R.). Allein eine solche Behauptung ist gar nicht aufgestellt worden; es fehlt überall an Anhaltspunkten dafür, daß es den Kägern nicht mehr möglich sei, 1883ger und 1884ger Hopfen zu liefern. Der Beklagte hat ferner unterlassen, Angaben zu machen über die Grösse des ihm zu ersetzenden unmittelbaren und mittelbaren Interesses, wie er überhaupt Schadenersatz gar nicht einklagt. Selbstverständlich hätte ihm obgelegen, einen solchen Antrag näher zu substantiiren und zu begründen.

4. Die Kläger haben sich einverstanden erklärt, statt 1883ger und 1884ger Hopfen solche vom Jahrgang 1886 zu liefern und da diese Erklärung nur im Interesse des Beklagten liegt, sind sie dabei zu behaften, währenddem das Begehren des letztern, daß ihm soger 1887ger Hopfen geliefert werden, beim Widerspruche der Kläger natürlich nicht berücksichtigt werden kann.

5. Auf Befragen des Gerichtsvorstandes haben die Kläger heute ferner ihre Zustimmung gegeben, daß die beiden Leistungen, Zahlung der 1000 Fr. durch den Beklagten einer- und Lieferung der Hopfen durch sie anderseits Zug um Zug stattfinden und es ist auch dieser Punkt im Dispositiv des Urtheils festzustellen.

6. Die Kläger fordern von den 1000 Fr. Zins à 5 % seit dem 25. Juli 1885, als dem Fälligkeitstermin an. Nun ist allerdings richtig, daß wenn ein bestimmter Zahlungstermin festgesetzt wird, der Schuldner ohne Weiters in Verzug geräth und zinspflichtig wird, allein da die Verpflichtung der Kläger zur Hopfenlieferung mindestens gleichzeitig fällig war und auch sie unzweifelhaft nicht das Erforderliche gethan haben, um eine beidseitige loyale Ausführung der Verträge zu bewirken, so liegt auch auf ihrer Seite Verzug vor und ist dadurch der Verzug des Beklagten aufgehoben worden. Dieser durfte füglich annehmen, es werde ihm bis zur Effectuirung der Hopfenlieferung gestundet.

7. Der Verwerfung der Zinsforderung ist nun zwar kein Einfluß auf die Kostenfolge einzuräumen, dagegen haben die Kläger nur auf eine reduzirte Prozeßentschädigung Anspruch.

Schluss:

1. Der Beklagte ist schuldig, an die Kläger 1000 Fr. zu bezahlen gegen gleichzeitige Frankolieferung von sechs Ballen 1886ger Hopfen guter Durchschnittsqualität (Zug um Zug).
2. Die Widerklage ist abgewiesen.
3. Die Kosten, worunter eine Staatsgebühr von 120 Fr., sind dem Beklagten und Widerkläger aufgelegt und es hat derselbe den Klägern und Widerbeklagten überdem eine Prozeßentschädigung von 60 Fr. zu bezahlen.
4. Mittheilung.

Kauf.

Schadenersatzanspruch des Käufers wegen angeblich verspäteter Lieferung Seitens der Verkäufer.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 21. April 1888.

Der Weinhändler Karl M. Stahl an der Löwenstraße in Zürich kaufte am 13. Dezember 1886 im Veszprem (Ungarn) von der dort domicilirten Firma Nay und Berger einen Probewagen Weißwein zum Preise von 10 fl. 80 Kr. per Hektoliter, in der Meinung, daß wenn die Sendung gut ausfalle, eine bedeutende Nachbestellung erfolgen werde. Der genannte Preis war verstanden franco Waggon Veszprem und es wurde ferner verabredet, daß Stahl sofort nach Empfang *der Faktur* (also nicht der Waare) die Kaufsumme einzusenden habe, wogegen die Ver-

käufer versprachen, den Wein in ihren eigenen Fässern (die dem Käufer leihweise überlassen wurden) sobald wie möglich der Bahn in Veszprem zur Beförderung an Stahl, (Station Romanshorn) zu übergeben. Mit Brief vom 15. Dezember 1886 ertheilten Nay und Berger dem Käufer Faktur über 13 Fässer (8750 Liter) Weißwein à 10 fl. 80 Kr per Hektoliter = 931 fl. 87 Kr., zogen davon ab 13 fl. 30 Kr. Bonification und 50 fl. Aufgeld, das Stahl anläßlich des Kaufsabschlußes gezahlt hatte, sodaß sich ein Nettofacturabetrag von 881 fl. 87 Kr. ergab. Dabei wurde bemerkt: „Die Gebinde sind binnen 4 Wochen a dato franko und wohlbehalten zu retourniren oder baar mit 2 fl. 50 Kr. per Hektoliter zu bezahlen.“ Am 19. Dezember erhielt Stahl diese Faktur und am gleichen Tage (ob nach oder vor Empfang der Faktur ist nicht festgestellt) telegraphirte er an Nay und Berger: „Ist Wein schon spedirt?“ worauf er am 20. Dezember die ebenfalls telegraphische Antwort erhielt: „Weine liegen Bahnhofmagazin. Waggon bestellt, drathet, ob Fakturabetrag eingesandt.“ Sofort schickte nun Stahl (noch am 20. Dezember) jedoch ohne vorher telegraphirt zu haben, den Facturabetrag mit 881 fl. 87 Kr. ab, beschwerte sich aber gleichzeitig darüber, daß der Wein noch nicht abgegangen sei, bemerkend: „Derselbe kommt nun wahrscheinlich in die kalte Witterung hinein; für jeden mir durch Ihre Handlungsweise entstandenen Schaden mache ich Sie verantwortlich.“ Nay und Berger erhielten diesen Brief mit Inhalt am 23. Dezember und am folgenden Tage (den 24. Dezember) wurde dann der Wein der Station Veszprem zugeführt, dabei jedoch unterlassen, dem Frachtbrief die obligate Declaration beizulegen. Der Stationsvorstand schickte deßhalb das Frachtgut zurück und es wurde dasselbe dann erst am 26. Dezember in Begleitung der obligaten Deklaration neuerdings auf die Station gebracht und nunmehr auch angenommen und noch am gleichen Tage versandt. Die reglementarische Lieferfrist von Veszprem bis Romanshorn beträgt 9 Tage und dementsprechend kam denn auch der Wein am 4. Januar 1887 am Bestimmungsorte (Romanshorn) an. Am 7. Jenner schrieb aber Stahl, daß derselbe bei seiner Ankunft total gefroren gewesen, sein Abnehmer deßhalb vom Vertrage zurückgetreten sei und er die Verkäufer für den hieraus erwachsenen Schaden verantwortlich mache. „Hätten Sie den Wein — wird beigefügt — am 15. oder spätestens 16. Dezember ordnungsgemäß aufgegeben, wie Sie verpflichtet waren, so wäre er rechtzeitig angelangt und nicht in die Kälte hineingeraten. Nay und Berger bestritten, daß ihnen eine ungehörige Vertragserfüllung zur Last falle und lehnten deshalb jede Schadenersatzpflicht ab, Stahl aber beharrte auf seinem Anspruch und erklärte, daß er zur Deckung desselben die leeren Fässer als Faustpfänder zurückbehalte. Mit Rücksicht auf die letztere Erklärung waren die Verkäufer gezwungen, den Stahl in hier zu belangen und sie thaten das auch, indem sie mit dem Rechtsbegehren auftraten, daß Letzterer verpflichtet werden möchte, die 13 Fässer franco und wohlbehalten an sie zurückzusenden oder deren Werth mit 437 Fr. 50 zu ersetzen. Der Beklagte machte geltend, daß ihm eine Schadenersatzforderung aus verspäteter Lieferung im nämlichen Betrage von 437 Fr. 50 zustehe und er berechtigt sei, die Fässer bis zu deren Zahlung zu retiniren, weßhalb die Hauptklage abgewiesen und dagegen seine auf Zusprechung der genannten Schadenersatzforderung von 437 Fr. 50 gerichtete Widerklage gutgeheißen werden müsse. Die erste Instanz entschied in diesem Sinne, *die zweite dagegen hiess umgekehrt die Hauptklage gut und verwarf die Widerklage.*

Gründe:

1. Der Beklagte bestreitet die Verpflichtung zur Bückgabe der Fässer oder Ersatz ihres Werthes lediglich auf Grund der Behauptung, daß ihm an den letztern bis zur Bezahlung der widerklageweise geltend gemachten Schadenersatzforderung von 437 Fr. 50 ein Retentionsrecht zustehe. Dieser Retentionsanspruch, dessen Begründetheit zwar nicht die grundsätzliche, wohl aber die zeitweise Abweisung der Hauptklage zur Folge haben müßte, hat nun vor allem aus die Existenz der Schadenersatzforderung, für

deren Sicherung er geltend gemacht wird, zur Voraussetzung und es wird deßhalb richtig sein, zunächst auf die Widerklage, mittelst welcher der Beklagte diese Forderung selbständig einklagt, einzutreten, denn geht der Schluß auf Abweisung der Widerklage, weil die Forderung nicht besteht, so fällt das Retentionsrecht und mit ihm die einzige, der Hauptklage opponirte Einrede von selbst dahin und muß dannzumal das Rechtsbegehren der Kläger auch gutgeheißen werden.

2. Die genannte Schadenersatzforderung wird aus dem Titel des vertraglichen Verschuldens abgeleitet und dieses darin erblickt, daß die Kläger und Widerbeklagten den verkauften Wein statt schon am 15. oder 16. Dezember 1886 erst am 26. gl. Mts. abgesandt haben. Die Frage ist also die, ob hinsichtlich der Erfüllungszeit eine ungehörige beziehungsweise verspätete Vertragserfüllung ab Seite der Kläger vorliege oder mit anderen Worten, ob die letztern in Erfüllungsverzug gerathen und aus diesem Grunde nach Art. 110 des O.-R. schadenersatzpflichtig seien. Die Antwort darauf muß nun aber entschieden verneinend ausfallen. Ein bestimmter Lieferungstermin (Verfalltag) ist von den Kontrahenten nicht verabredet worden, denn das Versprechen der Kläger, daß sie den Wein der Bahn so bald als möglich zur Beförderung übergeben wollen, kann nicht als gleichbedeutend mit der Festsetzung eines bestimmten Verfalltermines im Sinne von Art. 117 Abs. 2 des O.-R. angesehen werden. Daraus aber folgt, daß die Kläger frühestens mit dem Zeitpunkte des Empfanges der ersten Mahnung in Verzug gerathen sind (Art. 117 Abs. 1 legis citatae) und dieser Zeitpunkt fällt auf den 23. Dezember, an welchem Tage sie den ersten Reklamationsbrief des Widerklägers vom 20. Dezember empfangen haben. Sofort, nämlich schon am 24. Dezbr. ließen nun aber Kläger die Waare auch der Bahn zuführen. Dabei begegnete dann allerdings das Mißgeschick, daß ihr Spediteur vergaß, dem Frachtbrief die obligate Deklaration beizulegen, deßhalb das Frachtgut zurückkam und neuerdings aufgegeben werden mußte. Das letztere geschah am 26. Dezember und konnte wohl früher nicht geschehen, wenn man berücksichtigt, daß der 25. Dezember der erste Weihnachtstag war, es ist also hier keine Verzögerung eingetreten, was aber diejenige vom 24. bis 26. Dezember betrifft, so dürfte sie entschuldbar sein und eventuell kommt ihr keine rechtliche Bedeutung zu, weil weder bewiesen noch in schlüssiger Art zum Beweise verstellt worden ist, daß der Wein bei seiner am 4. Januar 1887 erfolgten Ankunft in Romanshorn wirklich eingefroren war und weil, wenn dieß der Fall gewesen sein sollte, ein Causalzusammenhang zwischen der um 2 Tage verspäteten Absendung und dem Gefrieren des Weines überall nicht festgestellt, sondern durch den Bericht der meteorologischen Station gegentheils wahrscheinlich gemacht ist, daß wenn der Wein am 4. Januar gefroren angekommen ist, das nämliche auch schon am 2. Januar, dem Ankunftstag bei rechtzeitiger Versendung (24. Dezember) der Fall gewesen wäre.

3. Zum gleichen Resultat führt aber auch ein zweiter Gesichtspunkt: Das streitige Geschäft war das erste, das die Kläger mit dem Beklagten abschlossen, sie kannten diesen noch gar nicht und wollten ihm deßhalb, wie ganz begreiflich, den Kaufpreis nicht kreditiren. Deßhalb verabredete man, daß der Wein von den Verkäufern nur franko Station Veszprem zu liefern, also vom Käufer *dort* abzunehmen und schon nach Empfang der Faktur baar zu bezahlen sei. Es handelt sich also um einen Baarkauf, die Meinung der Contrahenten war, daß gleichzeitig, Zug um Zug erfüllt werden soll. Unter diesen Umständen konnte jeder Contrahent die Erfüllung vom Andern nur unter gleichzeitiger Anerbietung der von ihm schuldigen Leistung verlangen. Nun hat Stahl den Kaufpreis am 20. Dezember abgesandt und wenn er die Kläger telegraphisch davon benachrichtigt hätte, so wären diese mit Empfang des Telegramms auch zur Absendung des Weines verpflichtet gewesen. Allein das hat er unterlassen und es kam deßhalb sein Erfüllungsanerbieten erst mit dem Geld selbst, am 23. Dezember nach Veszprem, weßhalb von einem früher eingetretenen Verzug der Kläger keine Rede sein kann. Wie

bereits gezeigt, gingen diese nun auch sofort zur Ausführung der Versandtordre und ist die durch eine Unachtsamkeit des Spediteurs eingetretene Verzögerung in der Versendung selbst entschuldbar und eventuell rechtlich bedeutungslos, weil weder das Gefrieren des Weines noch der Kausalzusammenhang zwischen einem solchen und jener Verzögerung nachgewiesen ist.

4. Fehlt es hienach an einer schuldhaften Verzögerung der Lieferung Seitens der Kläger und Widerbeklagten und eventuell am Nachweis des Kausalzusammenhangs zwischen einer allfällig vorhandenen kleinen Verspätung und dem behaupteten Schaden, so entbehrt die geltend gemachte Schadenersatzforderung jedes rechtlichen Fundamentes und muß demnach die Widerklage des Stahl abgewiesen werden. Damit fällt aber auch das Fundament des der Hauptklage einredeweise opponirten Retentionsanspruches dahin und muß diese somit gutgeheißen werden.

Kaufvertrag als Deckungsgeschäft oder Pfandvertrag?

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 12. Mai 1888.

Im Frühsommer 1886 übernahm der damals als Obermeister in einer Fabrik zu Mels angestellt und auch an letzterem Orte wohnhaft gewesene J. Bruhin von seinem Schwiegervater, um denselben vor dem Konkurs zu retten, das Gasthaus zum Sternen in Diemberg, Gemeinde Eschenbach (St. Gallen). Er ließ die Wirthschaft durch seine Frau führen, während er persönlich in Mels blieb und die Familie nur alle 4 Wochen einmal besuchte. Kurz nachher mußte Bruhin Geld haben, theils, um das Geschäft fortbetreiben zu können und theils zur Bezahlung von Schulden seines Schwiegervaters. Er wandte sich an die Leihbank Rapperswyl und diese gab ihm 3000 Fr. gegen Bürgschaft des Jakob Honegger zur Scheidegg-Wald und des Heinrich Reymann-Pfenninger daselbst. Die beiden letztern leisteten indes die Bürgschaft nur gegen das Versprechen Bruhins, sie sicher zu stellen. Zum Zwecke dieser Sicherstellung wurde sodann am 25. Juni 1886 zu Mels zwischen Bruhin einer- und dem Bürgen Jakob Honegger für sich und zu Handen des Mitbürgen Reymann-Pfenninger anderseits eine schriftliche, „Kaufvertrag" betitelte Vereinbarung getroffen, in welcher Bruhin erklärt, er verkaufe unter heutigem Datum dem Honegger eine Reihe (hier speziell aufgeführter) Fahrhabegegenstände, bestehend in Viehstücken, landwirtschaftlichen Geräthschaften, Mobiliargegenständen, Getränken und Wirtschaftsgeschirr um die Summe von 1500 Fr. Beigefügt ist: „Dieser Kaufvertrag wurde gefertigt zur Sicherung einer Bürgschaft, welche Honegger mir gegenüber eingegangen hat und es sollen diese Gegenstände bis nach Auflösung dieser Bürgschaft sein unantastbares Eigenthum sein." Eine körperliche Uebergabe der Kaufsobjekte fand damals nicht statt, sondern diese blieben nach wie vor im Sternen zu Diemberg. Dagegen wird von den Bürgen behauptet, es sei gleichzeitig mit dem Abschluß des Kaufvertrages mündlich verabredet worden, daß die Gegenstände dem Bruhin zur Benutzung überlassen bleiben in der Meinung, daß sowohl er, wie seine Frau ihnen von jedem gegen sie eingeleiteten Rechtstrieb Anzeige zu machen haben und daß sie dannzumal die Gegenstände holen dürfen. In dieser Vereinbarung glaubt man eine Tradition im Sinne des Art. 201 und eventuell des Art. 202 des O.-R. erblicken zu dürfen. Entweder müsse — so argumentirt man — die den Gasthof zum Sternen in Diemberg thatsächlich betreibende Ehefrau Bruhin als dritte Besitzerin angesehen werden, welche vom Verkäufer, ihrem in Mels wohnenden Ehemann beauftragt worden sei, die Kaufsobjekte fortan für die Käufer zu besitzen, (Art. 201) oder dann habe der Verkäufer Bruhin die Gegenstände vom Kaufvertrage an bloß noch als Commodator in Gewahrsam gehabt, also den Eigenthumsbesitz für die Käufer ausgeübt.

Anfangs März 1887 erhielten die Bürgen Kunde, daß Bruhin verfallene Schulden nicht bezahlt habe. Honegger ging deßhalb am

4. März nach Diemberg und Bruhin verkaufte ihm den Gasthof zum Sternen um die darauf haftenden Schulden. Diese Veräußerung wurde nicht perfect, weil sie die nach St. Gallischem Recht erforderliche gemeindräthliche Genehmigung nicht erhielt. Gleichzeitig wurde eine zweite, „Kaufvertrag" betitelte und in der Folge auch „Abtretungsvertrag" genannte Uebereinkunft getroffen, in welcher gesagt ist: „Bruhin übergibt Honegger zu seinem Kaufsobjekt (Sternen) sämmtliches, nachbezeichnetes Mobiliar das am 25. Juni 1886 schon käuflich an ihn übergegangen war" (worauf die ganz gleichen Gegenstände aufgeführt werden, wie sie im Vertrag vom 25. Juni 1886 aufgezählt sind).

Am 5. März übergab Frau Bruhin dem Honegger einen Theil dieser Gegenstände und er nahm dieselben mit sich nach Wald; dieselben sollen einen Schatzungswert von ungefähr 700 Fr. haben.

Am 7. März übergab Bruhin dem Honegger 2000 Fr. zur Zahlung an die verbürgte Schuld bei der Leihkasse Rapperswyl und am 9. März händigte Honegger diesen Betrag der Leihkasse ein. Am 11. März 1887 gerieth sodann Bruhin in Konkurs und nunmehr verlangten einige Konkursgläubiger, daß Honegger und Reymann-Pfenninger die am 5. März 1887 von Diemberg nach Wald verbrachten Fahrhabegegenstände der Konkursmasse des Bruhin unbelastet zurückgeben. Vom Eigenthumserwerbe ihrerseits sei keine Rede. Der Vertrag vom 4. März 1887 betreffend die Eahrhabe könne als selbständiger Erwerbstitel deßwegen nicht in Betracht kommen, weil er innerhalb 21 Tagen vor dem Konkursausbruch abgeschlossen worden sei und deßhalb nach § 21 des St. Gallischen Konkursgesetzes von den Konkursgläubigern überall nicht respektirt werden müsse. Der Vertrag vom 25. Juni 1886 aber sei in Wirklichkeit kein Kaufvertrag, sondern ein Pfandvertrag, als solcher aber nach Art. 210 des O.-R. ungültig. Ferner fehle es an jeder Tradition, denn daß die Artikel 201 und 202 zutreffen, könne im Ernste nicht behauptet werden und die am 5. März erfolgte Wegnahme der Gegenstände sei eine einseitige, ohne Wissen und Willen Bruhins erfolgte gewesen und könne deßhalb nicht als Traditionsakt angesehen werden. Die Beklagten beharrten darauf, daß das Rechtsgeschäft vom 25. Juni 1886 ein wirklicher Kaufvertrag sei. Der Wille der Contrahenten sei durchaus auf Eigenthumsübertragung gerichtet gewesen und man habe diese nur an die Resolutivbedingung geknüpft, daß sobald die Käufer von der Bürgschaft befreit seien, der Erwerbstitel dahinfalle und sie das Eigenthum wieder an den Veräußerer zurückübertragen müssen. Die Wegnahme der Gegenstände vom 5. März 1887 sei unter thatsächlicher Mithülfe der Frau Bruhin und mit Wissen und Willen ihres Mannes erfolgt. *Die Klage der Konkursgläubiger wurde gutgeheissen.*

Gründe:

1. Die Klage muß in erster Linie als Eigenthumsklage aufgefaßt werden, gestützt auf die unbestrittene Thatsache, daß der Cridar Bruhin jedenfalls bis zum 25. Juni 1886 Eigenthümer der streitigen Fahrhaben gewesen ist.

2. Gegenüber dieser Klage erheben die Beklagten die einzige Einrede, daß durch den Kaufvertrag vom 25. Juni 1886 und die damals, oder später stattgefundene Tradition das Eigenthum auf sie übergegangen sei. Da aber von den Klägern sowohl bestritten ist, daß dieser Vertrag ein Kaufvertrag sei, als auch, daß eine darauf gestützte Tradition zu Eigenthum stattgefunden habe, haben die Beklagten beides nachzuweisen.

3. Dieser Beweis ist nicht gelungen, der fragliche, sogenannte Kaufvertrag ist kein Kaufvertrag, sondern ein Verpfändungsvertrag und die in Ausführung dieses Vertrages am 5. Mai 1887 stattgefundene körperliche Uebergabe, keine Uebergabe zu Eigenthum, sondern eine solche zu Faustpfand.

4. Allerdings folgt diess nicht ohne Weiteres daraus, daß bei den Beklagten das Motiv zu dem Rechtsgeschäfte vom 25. Juni 1887, wie dies schon aus dem Wortlaute des Vertrages hervorgeht, darin lag, sich gegen die aus der zu leistenden Bürgschaft drohende Gefahr zu sichern, denn der sogenannte Deckungszweck kann sehr wohl auch bei einem Kaufgeschäft vorhanden sein. Allein

ein Kaufvertrag setzt unter allen Umständen voraus, daß dadurch der Käufer zur Bezahlung einer bestimmten Summe Geldes verpflichtet werde, sei es nun, daß dieses baar bezahlt, kreditirt, oder verrechnet werde, während der Verkäufer als Gegenleistung die verkaufte Sache ins Eigenthum des Käufers überzutragen hat, und diese beiden wesentlichen Voraussetzungen eines jeden Kaufs mangeln im vorliegenden Falle, während umgekehrt alle Voraussetzungen des Verpfändungswillens vorliegen.

5. Der Vertrag bezeichnet zwar die Summe von 1500 Fr. als Kaufpreis; allein er sagt nichts über den Modus der Bezahlung, und dieser letztere ergibt sich keineswegs von selbst aus den Umständen. Baarzahlung ist natürlich ausgeschlossen, ebenso aber auch die Verrechnung; denn es bestand ja keine Schuld des Verkäufers gegenüber dem Käufer. Auch eine Kreditirung und eventuell *spätere* Verrechnung kann kaum in der Absicht der Parteien gelegen haben, ansonst in der Urkunde sicherlich darüber nähere Bestimmungen enthalten wären, und namentlich bei der Bezahlung der 2000 Fr. am 7. Mai 1887 davon hätte die Rede sein müssen; denn wenn die Absicht der Contrahenten auf einen Kauf gerichtet gewesen wäre, so hätten, nachdem die Schuld bei der Leihkasse auf 1000 Fr. verringert war, bezüglich der Bezahlung des, diese Summe um 500 Fr. übersteigenden Kaufpreises nothwendig besondere Bestimmungen getroffen werden müssen, auch hätte Bruhin in Anbetracht seiner bedrängten ökonomischen Lage gewiss nicht 2000 Fr., also 500 Fr. mehr bezahlt, als er schuldig war, wenn er als Kaufpreis 1500 Fr. zu fordern hatte. Dieser Umstand zeigt nur allzu deutlich, daß die verkauften Fahrhaben eben überhaupt nicht verkauft sein, sondern nur als Deckung dienen sollten, bis zur Befreiung der Beklagten von ihrer Bürgschaft, d. h. daß sie ihnen verpfändet sein sollten.

6. Allein auch die Uebertragung der angeblich verkauften Sachen ins Eigenthum der Beklagten lag nicht in den Intentionen der Contrahenten. Die Beklagten müssen früher selbst dieser Ansicht gewesen sein, denn nur dadurch läßt es sich erklären, daß sie am 4. März 1887 für nothwendig fanden, sich von Bruhin noch eine besondere Verpflichtung zur Uebergabe unterschreiben zu lassen. Aber selbst in diesem Vertrag, der in der Urkunde selbst „Abtretungsvertrag" genannt wird, findet sich die bestimmte Absicht, daß das Eigenthum auf die Beklagten übergehen soll, nicht ausgesprochen, und es ist charakteristisch, daß trotz dieses neuen Vertrages am folgenden Tage nicht sämmtliche verkauften Gegenstände, sondern nur ein Teil derselben in den Besitz der Beklagten überging und Bruhin sowohl als seine Frau sogar erklären sollen, daß auch dieser theilweise Besitzesübergang gegen ihren Willen stattgefunden habe, was bezüglich der Ehefrau schon aus Art. 24 als ziemlich wahrscheinlich hervorgeht. Von einer *kommodatweisen* Ueberlassung der verkauften Gegenstände an Bruhin kann deßhalb nicht die Rede sein, weil der ernstliche Commodatvertrag eine beschränkte Zeitdauer hat, hier aber angenommen werden müsste, die fraglichen Gegenstände seien auf eine unbeschränkte, vom Willen der Eigenthümer unabhängige Zeitdauer dem Bruhin überlassen worden. Alle diese aus den Verhältnissen und maßgebenden Urkunden gezogenen Schlüsse könnten durch das Zeugniss der Eheleute Bruhin über anderartige mündliche Verabredungen, nicht modificirt werden, denn nicht nur ist es mit dem Beweise solcher mündlichen Verabredungen, welche nicht in den schriftlichen Hauptvertrag aufgenommen werden, sondern demselben mehr oder weniger widersprechen, strenge zu nehmen, sondern es sind auch die Eheleute Bruhin durchaus keine Zeugen, auf deren Aussagen Gewicht zu legen ist.

7. Die Beklagten besitzen daher keinen Rechtstitel, gestützt auf welchen sie berechtigt wären, auch nur Besitz an den streitigen Gegenständen auszuüben; denn ein Pfandrecht, das nur Faustpfandrecht sein könnte, haben sie nicht geltent gemacht. In Folge dessen sind sie verpflichtet, dieselben an die Konkursmasse als Rechtsnachfolgerin des Eigenthümers Bruhin herauszugeben, und zwar, da die Liquidation im Hauptkonkurse stattzufinden hat, an die zuständige Konkursverwaltung des Kts. St. Gallen.

Anspruch

eines Provisionsreisenden auf Vergütung der Reisespesen.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 12. Mai 1888.

Die Schuhfabrikanten Zebert und Honer in Spaichingen stellten Anfangs des Jahres 1887 den zur Zeit in Zürich wohnhaften E. R. Höfling als Provisionsreisenden an mit dem Versprechen einer Provision von 4 % auf allen durch ihn vermittelten, wirklich effectuirten Bestellungen. Das Verhältniß dauerte nicht lange, denn Höfling machte bloß drei Reisen, zwei in Bayern und eine in der Schweiz und trat dann wieder aus, was Mitte August 1887 geschah. Auf den drei Reisen nahm Höfling Bestellungen auf für 11,907 Mk. 67 Pfg., was à 4 % eine Gesammtprovision von 476 Mk. 40 Pfg. oder 595 Fr. 35 Cts. ergibt. Zum Zwecke der Bestreitung seiner Reisespesen schickten Zebert und Honer dem Höfling auf sein jeweiliges Ansuchen Beträge verschiedener Größe nach. Zu zwei solchen Sendungen liegen Begleitschreiben vor; das eine datirt vom 6. März 1887, darin ist gesagt: „Heute empfingen wir Ihr Werthes vom 4. ab Chaux-de-fonds, in Folge dessen Ihnen beigeschlossen Fr. 200 in baar übermachen, *wofür wir Sie auf Provisions-Conto belasten.*“ Das zweite Schreiben datirt vom 17. Mai und enthält die Bemerkung: „Einliegend noch Mk. 100 *zu Lasten Ihres Provisions-Conto.*“ Die Gesammtsumme dieser von Höfling empfangenen Geldsendungen erreicht den Betrag von 1968 Mark 10 Pfg. = 2460 Fr. 12 Cts. Diese Summe, abzüglich des Provisionsguthabens von 595 Fr. 35, klagten nun nach Lösung des Verhältnisses Zebert und Honer gegenüber dem Höfling ein, dieser bestritt aber die Schuldpflicht, weil Kläger ihm die Reisespesen als in ihrem Interesse verausgabt, gemäß Art. 400 des O.-R. zu vergüten verpflichtet gewesen und die betreffenden Vorschüsse ja nur zur Deckung dieser Spesen gemacht worden seien. Dieser Standpunkt wurde jedoch verworfen und der Beklagte zur Rückvergütung der empfangenen Vorschüsse abzüglich seines Provisionsguthabens verurtheilt.

Gründe:

1. Die Forderung der Kläger ist eine solche aus Darlehen und gründet sich darauf, daß sie dem Beklagten anerkanntermaßen in verschiedenen Malen 1968 Mk. 10 Pfg. = 2460 Fr. 12 Cts. zugeschickt haben zum Zwecke der Bestreitung seiner Reisespesen.

2. Der Beklagte wendet ein, daß er als Provisionsreisender in einem Mandatsverhältniß zu den Klägern gestanden habe und letztere ihm deßhalb gemäß Art. 400 des O.-R. seine Reisespesen, als in ihrem Interesse verausgabt, zu ersetzen haben, somit die fraglichen Zahlungen rechtlich nicht als Darlehen sondern als Bezahlung einer Schuld zu betrachten seien. Dieser Standpunkt ist jedoch schon deßhalb unhaltbar, weil das Vertragsverhältniß des Provisionsreisenden zu seinem Geschäftsherrn kein Mandat, sondern ein Dienstvertrag ist, insofern es sich nicht bloß um einzelne, jederzeit wiederrufbare Aufträge handelt, mit dritten Geschäfte gegen Vergütung einer Provision abzuschliessen, sondern um ein dauerndes Anstellungsverhältniß (siehe Art. 338 des schweizer. Obl.-R. und Schneiders Commentar Ziffer 2 sowie über den Unterschied zwischen Auftrag und Dienstmiethe, Hafners Commentars zu Art. 392 Ziffer 3.)

3. Um daher von den Klägern Vergütung seiner Reisespesen verlangen zu können, muß der Beklagte nachweisen, daß die Bezahlung seiner Reisespesen durch die Kläger zu den den Letztern durch den Lohndienstvertrag überbundenen vertraglichen Verpflichtungen gehöre. Nun ist allerdings die blosse Verpflichtung zur Bezahlung von 4 % Provision der Bestellungen eine auffallend geringe Leistung gegenüber den Diensten des Beklagten, allein selbstverständlich genügt dieses Mißverhältniß zwischen Leistung und Gegenleistung für sich allein keineswegs, um anzunehmen, daß die Verpflichtung der Kläger auch die Vergütung der Reisespesen umfasse, zumal sich Provisionsreisende bekanntermaßen oft sehr ungünstige Bedingungen gefallen lassen. Umgekehrt spricht für die gegentheilige Willensmeinung der Kontrahenten, daß, wenn die Kläger dem Beklagten Geld zur Bestreitung der Reisespesen schick-

ten, sie jedesmal beifügten, sie belasten ihn dafür auf Provisionskonto (siehe Akt 8 u. 9) und daß der Beklagte sich darauf verschwiegen hat, so daß wohl angenommen werden darf, er habe seine Verpflichtung, sich dafür belasten zu lassen, anerkannt. Sodann hat er über seine Reisespesen niemals Rechnung gestellt, obschon er verschiedene Reisen gemacht hat und daher, wenn er berechtigt war, die Reisespesen dem Geschäftsherrn in Rechnung zu bringen, auch zensirt gewesen wäre, nach jeder Reise sofort Rechnung zu stellen. Ja er hat selbst im Prozesse noch keine solche Rechnung gestellt. Endlich hat er auch nie mit Bestimmtheit behauptet, daß die vertragliche Vereinbarung mit den Klägern überhaupt dahin gegangen sei, daß die Reisespesen den Letztern zur Last fallen, sondern er hat sich begnügt, geltend zu machen, daß dieß aus rechtlichen Gründen selbstverständlich sei, dieß ist aber keineswegs der Fall; denn dem Gerichte ist keine Handelsübung bekannt, nach welcher, sei es im Allgemeinen, sei es bezüglich der hier in Betracht fallenden Geschäftsbranche die Reisekosten des Provisionsreisenden vom Geschäftsherrn zu tragen wären und noch weniger besteht eine bezügliche positive Gesetzesvorschrift im deutschen Rechte, das hier zur Anwendung käme.

Der Einfluss

des Konkurses auf die vormundschaftlichen und Nutzniessungsrechte des Vaters gegenüber den Kindern.

Obergericht Zürich, Appellationskammer.

Am 30. November 1881 gerieth a. Gemeindammann Heinrich Albrecht in Stadel in Konkurs. Am 17. Mai 1882 war dieser durchgeführt und Albrecht wurde bis zum 17. Mai 1885 im Aktivbürgerrecht eingestellt. Am 28. Juni 1882 verzichtete er auf die Nutznießung am Vermögen seiner Frau und wanderte dann nach Amerika aus, kehrte aber im Februar 1886 wieder zurück. Die in Folge des Konkures über Frau und Kinder verhängte öffentliche Vormundschaft dauerte über den Zeitpunkt der Rückkehr Albrechts hinaus fort und besteht heute noch. Im Konkurse hatte die Ehefrau eine Reihe von Liegenschaften käuflich erworben und im November 1883, als Albrecht noch in Amerika war, kauften die Vormundschaftsbehörden für seine 4 Kinder ein Wohnhaus nebst Scheune, Stall, Schopf und eine größere Zahl landwirthschaftlicher Grundstücke. Mutter und Kinder lebten auf dem gemeinsamen Gewerb und bewirthschafteten ihn. Im Jahre 1887 wurde nun Albrecht für eine alte Schuld betrieben. Die Betreibung führte zur Pfändung und dabei wurden alle Erzeugnisse der im Eigenthum von Frau und Kindern stehenden Liegenschaften gepfändet. Letztere traten deßhalb als Vindikanten auf und es anerkannte der Pfandgläubiger die Eigenthumsansprache der Ehefrau, weil sein Schuldner auf die Nutznießung am Frauenvermögen verzichtet hatte, bestritt dagegen die Eigenthumsansprache der Kinder Albrecht, behauptend, daß die Früchte ihrer Liegenschaften dem Vater als Nutznießer ihres Vermögens zugefallen seien.

Die Eigenthumsansprache der Kinder Albrecht wurde abgewiesen.

Gründe:

1. Es ist zugegeben, daß sämmtliche streitigen Gegenstände natürliche Früchte von Liegenschaften sind, welche im Eigenthum der Kläger stehen.

2. Nach § 636 des P.-R. G.-B. fallen die natürlichen Früchte des Bodens bei ihrer Gewinnung dem Eigenthümer der fruchttragenden Sache zu, es wäre denn, daß einem Andern, z. B. dem Nießbraucher, ein besonderes Recht auf Gewinnung der Früchte zustände. Diese Schlußbestimmung des § 636 wird nun vom Beklagten geltend gemacht, indem er behauptet, daß sein Schuldner Nutznießer am Vermögen der Kinder sei und dieser Auffassung muß in der That zugestimmt werden, weil der Vater nach § 263 des P.-R. G.-B. das Recht hat, das Vermögen der Kinder zu gebrauchen und zu genießen, so lange dieselben wegen Minderjährigkeit unter Vormundschaft stehen und diese Voraussetzung in concreto zutrifft.

3. Von den Klägern wird nun allerdings

geltend gemacht, daß weil ihr Vater im Jahre 1881 in Konkurs gerathen sei, er, wie die väterliche Vormundschaft, so auch dio Nutznießung an ihrem Vermögen verloren *und bis heute nicht wieder erlangt habe.* Allein davon ist bloß so viel richtig, daß Vater Albrecht mit dem Konkursausbruch sowohl die Vormundschaft über seine Kinder als auch die Verwaltung und den Nießbrauch ihres Vermögens verloren und die Vormundschaft bis heute nicht wieder erlangt hat, unrichtig aber die weitere, hier einzig relevante Behauptung, daß ihm auch die Nutznießung am Vermögen der Kinder bis heute entzogen geblieben sei, denn diese hat er gegentheils im Momente seiner Rückkehr von Amerika (Februar 1886) wieder erworben.

4. Der § 279 des P.-R. G.-B., welcher bestimmt, daß die Verrechtfertigung des Vaters dessen väterliche Vormundschaft *und Nutzniessung* so lange zerstöre, als der fallite Zustand desselben andaure, ist ersetzt durch die §§ 42 und 153 bis und mit 158 des Konkursgesetzes. Nach dem § 42 des Konkursgesetzes zieht der Konkursausbruch den Verlust der väterlichen Vormundschaft und der Verwaltung und Nutznießung am Vermögen der Kinder nur für die Dauer des Konkurses nach sich, woraus folgt, daß der Gemeinschuldner diese Rechte mit der Konkursbeendigung wieder erwirbt. Dieß gilt auch für den Fall, wo die Gläubiger bei Durchführung des Konkurses ganz oder theilweise zu Verlust gekommen sind, jedoch können hier die Vormundschaftsbehörden nach dem § 155 des Konkursgesetzes sowohl die Fortdauer der obrigkeitlichen Vormundschaft über die Kinder als auch den Weiterentzug der väterlichen Nutznießung über die Konkursbeendigung hinaus beschliessen. Ein solcher Beschluß ist aber nothwendig, wenn Vormundschaft und Nutznießung weiter entzogen bleiben sollen. Nicht der Konkurs, sondern allein dieser Beschluß der Vormundschaftsbehörden bildet die den Weiterentzug jener Rechte begründende juristische Thatsache und ist deßhalb dieser Weiterentzug auch nur soweit vorhanden als er von den Vormundschaftsbehörden beschlossen worden ist. Im vorliegenden Fall haben nun aber die Vormundschaftsbehörden wohl die Fortdauer der öffentlichen Vormundschaft über die Kinder Albrecht und damit den Weiterentzug der väterlichen Vormundschaft über die Konkurserledigung hinaus, nicht aber gleichzeitig beschlossen, daß dem Vater ebenso die Nutznießung am Vermögen der Kinder weiterhin entzogen bleiben solle, weßhalb Vater Albrecht dieses letztere Recht mit der Konkurserledigung wieder erworben hat sofern und soweit dessen Erwerb nicht ein anderes Hinderniß entgegengestanden ist.

5. Die frühere Praxis ist insofern von dieser Auffassung abgewichen als sie die beiden Fälle, wo der Gemeinschuldner im Aktivbürgerrecht eingestellt worden und wo dagegen eine solche Einstellung nicht verfügt worden war, in der Weise auseinanderhielt, daß sie im erstern den Entzug der vormundschaftlichen Rechte als Folge des Konkurses nicht nur bis zur Konkursbeendigung, sondern darüber hinaus für die ganze Dauer der Aktivbürgerrechtseinstellung annahm, im letztern dagegen für den Weiterentzug dieser Rechte über die Konkursbeendigung hinaus einen Beschluß der Vormundschaftsbehörden verlangte. Diese Unterscheidung war aber kaum gerechtfertigt, denn in dem Konkursgesetz ist von derselben nichts zu finden, sondern schlechthin gesagt, daß der Entzug der vormundschaftlichen und Nutznießungsrechte nur für die Dauer des Konkurses gelte, (§ 42), im Falle die Gläubiger aber zu Verlust gekommen seien, *durch besonderes Decret der Vormundschaftsbehörden* auch darüber hinaus verfügt werden könne (§ 155) woraus folgen dürfte, daß dieses besondere Decret für einen weitergehenden Entzug jener Rechte in allen Fällen, also auch da nothwendig ist, wo eine Aktivbürgerrechtseinstellung erfolgt ist und daß anderseits die Vormundschaftsbehörden fragliche Rechte auch über die Aktivbürgerrechtseinstellung hinaus entziehen können. Im vorliegenden Falle würde aber auch die Beobachtung jener frühern Praxis den Klägern nichts helfen, weil Vater Albrecht nur bis zum 17. Mai 1885 im Aktivbürgerrecht eingestellt war, und folglich Mangels eines entgegenstehenden Decretes der Vormund-

schaftsbehörden die väterliche Nutznießung jedenfalls mit diesem Zeitpunkt wieder erlangt hätte.

6. Der Nießbrauch des Vaters am Vermögen der Kinder ist an die Bedingung geknüpft, daß er seine Pflicht, für den Unterhalt und die Erziehung der Kinder zu sorgen, erfüllte. Dieß hat Vater Albrecht bis zu seiner Rückkehr von Amerika nicht gethan und deshalb stand ihm bis dahin auch die Nutznießung am Vermögen der Kinder nicht zu. Von da an aber hat er seine bezügliche Pflicht untadelhaft erfüllt und ist ihm deßhalb auch der Nießbrauch zugestanden, die streitigen Früchte sind aber erst später percipirt worden und folglich in sein Eigenthum und nicht in dasjenige seiner Kinder, der heutigen Kläger übergegangen.

7. Die Kläger beantragen eventuell, daß wenigstens ein Theil der angesprochenen Weizengarben, das zur Wiederbepflanzung ihrer Liegenschaften nothwendige Saatgut ihnen zugesprochen werde. Allein auch diesem Antrage kann nicht entsprochen werden, denn der väterliche Nießbrauch bezieht sich auf sämmtliche Früchte des der Nutznießung unterliegenden Vermögens, also nicht etwa bloß auf die Nettoerträgnisse (vergleiche Handelsgerichtliche Entscheidungen Jahrgang 1886 S. 46) nach Abrechnung von Grundzinsen, Betriebsspesen etc. und es trifft dafür eben den Nießbraucher auch die Verpflichtung, für die mit der Bewerbung der Liegenschaften verbundenen Auslagen, also u. A. auch für die Bestellung der Saat aufzukommen.

Anmerkung: Der vorstehende Fall mußte noch nach dem bisherigen *Recht* entschieden werden. Hätte das *neue* privatrechtliche Gesetzbuch zur Anwendung gebracht werden können, so hätte der Entscheid im umgekehrten Sinne ausfallen müssen, denn hier hat sich der Gesetzgeber wieder auf den allein richtigen und auch einzig praktischen Boden gestellt, daß der durchgeführte mit gänzlichem oder theilweisem Verlust der Gläubiger endigende Konkurs den Entzug der vormundschaftlichen und Nutznießungsrechte für so lange zur Folge habe, bis der Gemeinschuldner nachweise, daß er die zu Verlust gekommenen Gläuber nachträglich befriedigt oder daß dieselben ein und für alle Mal auf die Geltendmachung ihrer Forderungen verzichtet haben, beziehungsweise daß eine frühere Wiedereinsetzung in seine Rechte eines besondern Beschlußes der Vormundschaftsbehörden bedürfe (§ 613 und 681 des neuen privatrechtlichen Gesetzbuches). Die Scheu der Vormundschaftsbehörden, dem Gemeinschuldner die vormundschaftlichen Rechte über die Konkursbeendigung hinaus zu entziehen, trotzdem dieß im höchsten Interesse der Familie liegen würde, oder die Nachläßigkeit derselben in der Erfüllung ihrer diesbezüglichen Pflichten kann nun der Familie nicht mehr schaden, währenddem es dem Cridaren, wenn er die Wiedereinsetzung in seine Rechte wirklich verdient, obgleich ihm weder die Befriedigung der Gläubiger noch die Erwirkung eines Verzichts auf ihre Forderungen möglich ist, ein Leichtes sein wird, dieß nachzuweisen und auf Grund dieses Nachweises einen bezüglichen Beschluß der Vormundschaftsbehörden zu erwirken. Hoffen wir, daß sich die Letztern in solchen Fällen eine gewissenhafte Prüfung der Sachlage angelegen sein lassen und die verlangte Wiedereinsetzung in die entzogenen Rechte nur dann aussprechen, wenn sie die bestimmte Ueberzeugung gewonnen haben, daß ein solcher Beschluß das Interesse der Familie nicht gefährde, dieselbe nicht neuerdings der Liederlichkeit oder Ungeschicklichkeit des Mannes preisgebe, sondern zu ihrem Besten diene.

Zum Art. 49 des Bundesgesetzes betreffend Civilstand und Ehe.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 21. April 1888.

Ein Ehemann übergab seiner Frau am 15. August 1887 Fr. 60,000 an Werthschriften und erklärte in einer gleichzeitig von ihm ausgestellten, unterzeichneten und der Frau ebenfalls übergebenen Urkunde, daß er ihr die 60,000 Fr. geschenkt habe. Am 8. Okto-

ber schlossen dann die Ehegatten einen sogenannten gütlichen Scheidungsvertrag ab, in welchem sie erklären, von der Unmöglichkeit einer weitern gedeihlichen Fortsetzung des ehelichen Lebens überzeugt zu sein und deßhalb die baldige Trennung der Ehe durch Stellung eines gemeinsamen Scheidungsbegehrens anstreben zu wollen. Mit Bezug auf die vermögensrechtliche Auseinandersetzung ist bestimmt, es überlasse der Ehemann seiner Frau die in ihrem Besitz befindliche Fahrhabe und die ihr geschenkten 60,000 Frkn. Nunmehr leitete die Ehefrau den Scheidungsprozeß beim Friedensrichteramt ein und übermittelte am 24. Dezember 1887 dem Bezirksgericht die Weisung desselben. In dieser ist sie als Klägerin und der Ehemann als Beklagter aufgeführt, vom Friedensrichter aber ausdrücklich bemerkt, daß er die Weisung auf *gemeinsames* Begehren beider Parteien ausgestellt habe. Bei der bezirksgerichtlichen Hauptverhandlung erklärte nun aber der Ehemann auf einmal, daß er sich der Scheidung widersetze. Mit Bezug auf die Schenkung behauptete derselbe, sie komme im Scheidungsprozesse gar nicht zur Sprache, eventuell werde dieselbe als nicht rechtsverbindlich erklärt, beziehungsweise wegen Unzurechnungsfähigkeit des Beklagten oder wegen Undank der Beschenkten angefochten. Die Frau hielt das Scheidungsbegehen als einseitiges aufrecht und verlangte, daß gleichzeitig über die Anfechtung der Schenkung durch den Beklagten entschieden und dieselbe verworfen werde. Das Bezirksgericht beschloß aber, es werde auf die zwischen den Parteien streitige und auch im gegenwärtigen Prozesse aufgeworfene Frage der Rechtsgültigkeit resp. Anfechtbarkeit des Schenkungsvertrages vom 15. August 1887 im heutigen Prozeß nicht eingetreten, sondern diese Frage ad seperatum verwiesen. Ein von der Ehefrau gegen diese Schlußnahme erhobener Rekurs wurde abgewiesen.

Gründe:

1. Rekurrentin behauptet, daß der angefochtene Beschluß gegen die klare Vorschrift von Art. 49 des Bundesgesetzes betreffend Civilstand und Ehe verstoße, wonach das Gericht zu gleicher Zeit, wie über die Scheidungsklage auch über die weitern Folgen der Ehescheidung in betreff ihrer Vermögensverhältnisse zu entscheiden hat. Damit ist gemäß § 699 Ziff. 3 des Rechtspflegegesetzes die grundsätzliche Zulässigkeit des Rekurses gegeben und ist auf die Anrufung von Zif. 4 erst einzutreten, wenn die erste Rekursbegründung als unzureichend verworfen werden sollte, da jede Ziffer des § 699 einen selbständigen Anfechtungsgrund enthält (Elective Konkurrenz).

2. Nun ist die Frage der Rechtsbeständigkeit der Schenkung an und für sich nicht als eine Frage der vermögensrechtlichen Folgen der Ehescheidung im Sinne des Art. 49 des Bundesgesetzes betreffend Civilstand und Ehe zu betrachten. Das Gesetz kann in Uebereinstimmung mit § 626 des neuen zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches nur die Regelung derjenigen ökonomischen Verhältnisse im Auge haben, welche durch die Ehe als solche geschaffen wurden und durch die Scheidung wieder zur Auflösung gelangen, mit andern Worten, das Gesetz verlangt, daß zugleich mit der Aussprechung der Scheidung die Ausscheidung des Weibergutes stattfinde, welches bis dahin mit dem Vermögen des Mannes verbunden war. Alle andern zwischen den Ehegatten im Scheidungsprozesse streitigen Fragen haben ihren Ursprung nicht in der durch die Trennung der Ehe veranlaßten Ausscheidung beider, in einer Hand gelegenen Vermögen und gehören demnach nicht zu den Fragen der ökonomischen Folgen der Scheidung, welche nothwendig und naturgemäß gleichzeitig mit der Aussprechung der Scheidung geregelt werden müssen. Durch die Schenkung des Ehemannes an die Ehefrau ist nun kein Weibergut geschaffen worden. Während Weibergut, als der Frau gehörig, in die Hand des Mannes gelangt, ist hier umgekehrt vom Manne ein Theil seines eigenen Vermögens ausgeschieden und der Frau übertragen, also Sondergut der Frau geschaffen worden. Es stehen sich in diesem ökonomischen Verkehre die Ehegatten einander gegenüber, wie sie Dritten gegenüberstehen würden. Mit Recht konnte also aus diesem Grunde die Frage der Rechtsbeständigkeit der Schenkung vom 15. August

887 vom Bezirksgericht ad separatum verwiesen werden, falls sich nicht zeigt, daß diese Frage aus einem andern Grunde an Hand zu behalten gewesen wäre.

3. Selbstverständlich gilt das Gesagte nicht für den Fall, daß sich die Ehegatten bereits vertraglich über sämmtliche vermögensrechtliche Auseinandersetzungen auf die Scheidung hin geeinigt haben und es sich lediglich darum handelt, einen solchen Vertrag als rechtsbeständig zu erklären; in diesem Falle braucht gar nicht untersucht zu werden, auf welchem Titel die Auseinandersetzung beruht. Ein solcher Vertrag ist zwischen den Parteien am 8. Oktober 1887 abgeschlossen worden in Verbindung mit einem sogenannten Scheidungsvertrag, womit sich die Parteien dahin einigten, ein gemeinsames Scheidungsbegehren zu stellen. Nun ist aber dieser Scheidungsvertrag dadurch dahingefallen, daß der Ehemann sich der Scheidung im Prozesse widersetzt, wozu er nach allgemein anerkannter Praxis berechtigt ist. Damit ist aber auch die vertragliche Einigung über die ökonomischen Folgen der Scheidung dahin gefallen, welche eben eine gemeinsame Scheidungsklage voraussetzt. Somit kann der Vertrag vom 8. Oktober 1887 nicht dazu führen, die Rechtsbeständigkeit des Vertrages vom 15. August 1887 als anerkannt zu betrachten. Die Zif. 3 des § 699 des Rechtspflegegesetzes trifft also im vorliegenden Falle nicht zu.

4. Nun bringt die Klägerin ferner vor, die Schenkung sei im Hinblick auf die Scheidung gemacht und gewissermaßen als Entschädigung wegen Verschuldens der Scheidung vereinbart worden. Es könnte sich somit fragen, ob nicht vom Gesichtspunkte eines Entschädigungsbegehrens wegen Verschuldens der Scheidung aus auf die streitige Frage einzutreten gewesen wäre und ob nicht der Klägerin durch die Verweisung ad separatum ein unabwendbarer Rechtsnachtheil drohte, weil sie in diesem Prozeßverfahren mit einem Entschädigungsbegehren ausgeschlossen wäre (§ 699 Zif. 4 des Rechtspflegegesetzes). Allein das ist nicht richtig; die Klägerin ist deßhalb mit einem Entschädigungsbegehren nicht ausgeschlossen. Sie konnte immerhin im Scheidungsprozesse ein solches Begehren, über welches natürlich mit Aussprechung der Scheidung eine Bestimmung getroffen werden müßte, stellen, ohne daß dadurch die Entscheidung über die Rechtsbeständigkeit der Schenkung bedingt würde. Auf die Motive der Schenkung, welche noch gar nicht feststehen, soll eben erst im Separatprozesse eingetreten werden.

Anfechtung

einer Entscheidung auf dem Kassationswege, auf Grund der Thatsache, dass der Richter einer sofort widerrufenen Quittung keine Beweiskraft beilegte.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 24. April 1888.

Der Schmid Meier in Otelfingen hatte an den dortigen Müller Schlatter aus Schmidarbeit 1683 Fr. zu fordern. Schlatter stellte eine Gegenrechnung im Betrage von 826 Fr. und es bestätigte darauf Meier am 9. Januar 1888 unterschriftlich eine Abrechnung, wonach Schlatter bloß noch 857 Fr. schuldig geblieben wäre,, schon am folgenden Tage (den 10. Januar) widerrief er dann aber diese Bestätigung, weil in der Gegenrechnung von 826 Fr. unterm Datum des 30. Mai 1887 eine Abschlagszahlung enthalten war, welche Meier nicht erhalten haben wollte. Da Schlatter auf der erwähnten Abrechnung und der darin enthaltenen Abschlagszahlung beharrte, so faßte ihn Meier vor dem Einzelrichter mit der Streitfrage ins Recht, ob nicht die am 9. Januar getroffene Abrechnung dahin abzuändern sei, daß sich der zu seinen Gunsten verbliebene Saldo von 857 Fr. um 150 Fr. erhöhe. Der Einzelrichter hieß die Klage gut, davon ausgehend, daß die citirte Abrechnung für den Kläger nicht verbindlich sein könne, weil er den Rechnungsirrthum rechtzeitig verbessert habe und somit der Beklagte die behauptete Zahlung hätte beweisen sollen, dieß aber nicht im Stande gewesen sei.

Schlatter griff diesen Entscheid mit der Nichtigkeitsbeschwerde an und rügte dabei unter Anderm, daß ihm der Einzelrichter den

Beweis für die geleistete Zahlung auferlegt habe, statt dem Kläger den Beweis der Nichtzahlung und des Irrthums. Allein die Appellationskammer antwortete in ihrem die Nichtigkeitsbeschwerde abweisenden Beschluß: Dieses Vorgehen des Vorderrichters hängt zusammen mit seiner Auffassung von der Beweiskraft der Quittung in der Abrechnung vom 9. Januar. Wird diese als nicht beweisbildend angesehen, so hat Kassationskläger eben einen andern Beweis zu leisten. Nun haben wir keine gesetzlichen Vorschriften über die Beweiskraft einer solchen Anerkennung und wenn auch der römische Rechtssatz über die bedingte Beweiskraft von Quittungen nicht gerade in unser Recht aufgenommen worden ist, so fehlt es doch an einer entgegenstehenden gesetzlichen Bestimmung, welche die Nichtigkeit einer Entscheidung wie die vorliegende begründen könnte.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. Juli 1888. VII. Band. № 12.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.

Urtheil
des
Handelsgerichtes Zürich
vom 4. Mai 1888
in Sachen

J. G. Sappel, Klägers und Widerbeklagten,
gegen
Heymann-Meier, Inhaber eines Confektionswaarengeschäftes in Winterthur, Beklagten und Widerklägers,
betreffend Kauf.

Gegenüber der Behauptung des Käufers, daß er wesentlich andere als die gelieferten Waaren bestellt habe, muß der die Kaufpreisklage stellende Verkäufer beweisen, daß die gelieferten Waaren und keine andern Gegenstand des Kaufes gewesen seien. Mängelrüge etc.

Streitfragen:

A. der Hauptklage:

„Ist der Beklagte verpflichtet, an die Klägerin zu bezahlen Mrk. 649. 50 Pfg. und Mrk. 540. — nebst allen Lager- und sonstigen Spesen und Verzugszins à 6 % laut den Conditionen der Faktura?"

B. der Widerklage:

„Ist nicht der Kläger und Widerbeklagte verpflichtet, dem Beklagten und Widerkläger die Fracht- und Zollauslagen mit Frkn. 59. 51 Cts. zu ersetzen?"

Thatsächliches:

A. Der Beklagte, welcher gegenwärtig in Winterthur ein Herren-, Damen- und Kinderkonfektionsgeschäft betreibt, ist im Spätjahr 1887 von Frauenfeld dorthin übergesiedelt. Während er noch mit dem Umzug beschäftigt war — ein Theil seines Waarenlagers befand sich noch unausgepackt im Lagerhaus — stellte sich am 3. November 1887 in seinem Geschäftslokal in Winterthur der Reisende der Herrenkleiderfabrik J. G. Sappel in München, Namens Meckel, ein, um Bestellungen aufzunehmen. Heymann war kurze Zeit vorher mit dem klägerischen Hause bekannt geworden, indem er anläßlich eines Besuches in München dessen Waarenlager besichtigt hatte. — Nach der Darstellung der klägerischen Partei soll nun der Beklagte dem Reisenden Meckel an jenem 3. Novbr. folgende Bestellung aufgegeben haben:

						à Mk. Pf.
Art.	No.	207	12	Paletots	Plaidfutter	20. —
„	„	228	12	„	44—52	19. —
„	„	296	6	„		24. 50
„	„	156	24	Hosen	74—84	5. 25
„	„	156	6	„	60—72	4. 25
„	„	258	12	„		10. —

				à Mk. Pf.
Art. No. 232	12	Hosen		9. 50
„ „ 159	6	Joppen		8. 50
„ „ 159	6	„	mit Futter	10. —
„ „ 214	12	Saccos		12. 75
„ „ 178	6	Joppen		6. 50

Dem Beklagten soll vom Reisenden eine gleich lautende Commissionscopie übergeben worden sein.

B. Der Besuch des Reisenden bei Heymann scheint jedenfalls nicht ohne Erfolg gewesen zu sein, denn am 5. November schrieb Letzterer von Frauenfeld aus an den Kläger: „Den Ihrem Reisenden in Winterthur ge„gebenen Auftrag können Sie zur Ausfüh„rung bringen, insofern Sie mir 6 Monat Ziel „und 4 % Sconto bewilligen. Sind Sie so „einverstanden, so erwarte deren Sendung so „bald als nur möglich an meine Adresse in „Winterthur, andernfalls verzichte auf die ge„machte Bestellung."

Der Kläger antwortete hierauf am 7. November, er könne die verlangten Zahlungsbedingungen nicht gewähren; das Aeußerste, was ausnahmsweise er dem Beklagten bewilligen könne, sei 4 % Sconto bei Cassa nach 3 Monaten oder 2 % Sconto nach 6 Monaten.

Als der Beklagte auf seinem Standpunkte beharrte, gab der Kläger nach, indem er am 11. November schrieb: „Antwortlich ihrer „Postkarte vom 10. dieß will ich Ihnen die „von Ihnen gewünschten Conditionen, damit „das Geschäft nicht eventuell wieder in Wind „aufgeht, für dies Mal ausnahmsweise ein„räumen."

C. Mit Correspondenzkarte vom 26. November benachrichtigte der Kläger den Beklagten, daß die bestellte Waare kommenden Montag zum Versandt gelange. In der That wurden am 30. November fakturirt und in einer Kiste verpackt der Eisenbahn übergeben:

Art.-No.				à Mk. Pf.	Mk. Pf.
228	12	Paletots		19. —	228. —
156	24	Hosen		5. 25	126. —
156	6	„	60/72	4. 25	25. 50
258	12	„		10. —	120. —
159	6	Joppen	mit Futter	10. —	60. —
159	6	„	ohne „	8. 50	51. —
178	6	„		6. 50	39. —
					Mk. 649. 50

Diese Sendung langte am 4. Dezember 1887 in Winterthur an und wurde dem Beklagten abgeliefert, jedoch von demselben sofort, nämlich mit Brief vom 5. Dezember dem Kläger zur Verfügung gestellt mit folgender Begründung:

„Im Beisein meines Reisenden bestellte ich „Ihrem Reisenden in 3 verschiedenen Dessins, „Qualitäten und Preisen im Ganzen 18 Stück „Paletots und Sie senden mir von *einer* Qua„lität und von *einem* Preis 12 Stück. Ferner „gab ich in bessern Hosen ebenfalls nicht nur „in einem Preis für 12 Stück Auftrag, son„dern in 3 verschiedenen Qualitäten, Preisen „und Dessins. Ebenso ist es mit den H-Leine„Hosen, ich bestellte im Ganzen nur 24 Stück „und Sie senden mir 30 Stück, aber keine „einzige in bestelltem Dessins, auch habe ich „keine Burschenhosen bestellt, sondern für „Große. Mit den Joppen ist es nicht anders, „ich bestellte im Ganzen 12 Stück, 6 mit und „6 ohne Futter, außerdem 12 einzelne Sack, „die ebenfalls fehlen. Ueberhaupt hat sämmt„liche Waare einen solchen schlechten Schnitt, „daß ich mich unmöglich dazu entschliessen „kann, solche zu behalten und erwarte Ihre „Verfügung."

Mit Brief vom 7. Dezember wies der Kläger die Dispositionsstellung zurück, da sämmtliche Stücke genau nach Aufgabe seien; was den Schnitt der gesandten Waare anbetreffe, so lasse er denselben in keiner Weise beanstanden, seine Sachen passen gut und halten jede Prüfung durch Experten aus.

Am 10. Dezember 1887 erfolgte die Fakturirung und der Versandt weiterer

Art.-No.					
207	12	Paletots	à Mk.	20. —	Mk. 240. —
296	6	„	„ „	24. 50	„ 147. —
214	12	Sacks	„ „	12. 75	„ 153. —
					Mk. 540. —

Diese zweite Sendung nahm der Beklagte gar nicht in Empfang, worauf die Kiste uneröffnet ins Lagerhaus der Bank in Winterthur wanderte.

D. Am 20. Januar d. Js. machte der Anwalt der Eirma J. G. Sappel Klage beim Friedensrichteramt Winterthur anhängig und unterm 26. März d. Js. gieng beim Handelsgericht die friedensrichterliche Weisung mit

der Eingangs unter A genannten Streitfrage ein; das in Streitfrage B behandelte Widerklagebegehren ist vom Beklagten in der Referentenaudienz gestellt worden unter Verweisung auf den bei den Akten liegenden Frachtbrief für die erste Sendung, laut welchem die Auslagen für Fracht und Zoll in der That den Betrag von Fr. 59. 51 ausmachen. Der klägerische Vertreter hat in der Hauptverhandlung ohne Weiteres anerkannt, daß im Falle der Verwerfung der Klage dem Beklagten die nachweislichen Zoll- und Frachtauslagen zu ersetzen seien.

E. Der Kläger ließ auf Gutheißung der Klage antragen und berief sich dafür, daß ihm durch das Mittel seines Reisenden eine Bestellung in dem Umfange und der Art aufgegeben worden sei, wie er geliefert habe, auf die mit den Fakturen übereinstimmende, angebliche Commissionscopie des Reisenden Hermann Meckel (Act 13), sowie auf das mündliche Zeugniß desselben. Er stellte ferner auf das fachmännische Wissen der Handelsrichter ab, dafür, daß es in dieser Branche nicht üblich sei, sich die Bestellung vom Besteller unterschriftlich bestätigen zu lassen. Bezüglich der zweiten Sendung wird geltend gemacht, der Beklagte sei mit seiner Bemängelung schon deshalb nicht mehr zu hören, weil er dieselbe ungesehen und ungeprüft habe ins Lagerhaus gehen lassen.

F. Der Vertreter des Beklagten beantragte gänzliche Abweisung der Klage und Gutheißung der Widerklage. Nach seiner Darstellung soll die Bestellung vom 3. November v. Js. nur unter dem Vorbehalt definitiver Zusage gemacht worden sein. Heymann habe nämlich allerdings auf die Bitten des Reisenden Meckel hin sich dessen Muster angesehen und eine Auswahl getroffen, und es sei auch Preis, Anzahl, Qualität und Dessin besprochen worden, allein der Beklagte habe ausdrücklich erklärt, er habe noch genug Waare und er bestelle nur vorläufig, d. h. für den Fall, daß sich die ausgelesene Waare nicht schon in seinen, noch unausgepackten Kisten befinde. Daß Meckel eine Commissionscopie zurückgelassen habe, werde bestritten, dagegen habe Heymann die vorläufige Bestellung in seinem Notizbuch notirt. Erst als er sich überzeugt habe, daß er die Waare brauchen könne und nachdem man sich über die Zahlungsbedingungen geeinigt, sei die Bestellung zu einer festen geworden.

Der Beklagte bemängelt die Lieferung des Klägers in den verschiedensten Richtungen; es sei in größerer Anzahl, zu ganz andern Preisen, in andern Dessins und in geringerer Qualität geliefert worden als wie bestellt, der Schnitt sei schlecht, die Röcke zu weit hinaufgeschnitten, die Ladenjoppen sogar geflickt; die gelieferten Dessins seien für ganz andere Landesgegenden berechnet. Es seien

bestellt worden:	*dagegen geliefert*:
18 Stück Paletots in 3 verschiedenen Dessins, je 6 Stück zu Mrk. 12. 50, 18 und 20.	*30* Stück Paletots in ganz andern Dessins und zu ganz andern Preisen, nämlich zu Mrk. 19. 20 und 24. 50.
12 Stück bessere Hosen in 3 verschiedenen Dessins, je 4 Stück zu Mrk. 7, 9 u. 10.	*12* Stück Hosen in andern Dessins, bedeutend geringerer Qualität und sämmtlich zu 10 Mrk.
12 Stück Ladenjoppen, 6 mit und 6 ohne Futter, erstere zu Mk. 8. 50, letztere zu Mk. 6. 50.	*18* Joppen, geringerer Qualität als wie vorgezeigt und schlechter Arbeit zu Mk. 6. 50, 8. 50 und 10. —.
24 Stück halbleinene Hosen in Größen von 44, 46, 48 und 50 zu Mrk. 4. 25, fein gestreift.	*30* Stück halbleinene Hosen, durchweg karrirt und in Größen von 34, 36, 38, 40, 44, 48, 50 und 52, endlich zu andern Preisen, nämlich zu Mk. 4. 25 und 5. 25, darunter befinden sich 6 Stück Burschenhosen (für Knaben von 8—12 Jahren) während keine solchen bestellt worden seien.
12 Stück Sack-Röcke in 2 verschiedenen Dessins, je 6 Stück zu Mk. 8. 50 u. 10. 50.	*12* Stück Sack-Röcke zu einem und zwar höhern Preise, nämlich zu Mk. 12. 75.

Dafür, daß die Bestellung so erfolgt sei, wie er behaupte, berief sich der Beklagte auf seinen Angestellten Coßmann, welcher bei der ganzen Unterredung zugegen und ihm bei der Auswahl behülflich gewesen sei, als Zeugen.

Bezüglich der zweiten, im Lagerhaus befindlichen Sendung wurde geltend gemacht, der Beklagte sei nicht gehalten gewesen, dieselbe zu öffnen, da schon aus der Faktur ersichtlich gewesen, daß sie der Bestellung nicht entspreche. Eventuell habe diese Unterlassung blos zur Folge, daß er mit der Bemängelung von Qualität und Dessin ausgeschlossen wäre, nicht aber mit Bezug auf die Zahl der Stücke. Eventuellst nahm der Beklagte den Standpunkt ein, daß er nur pflichtig sei, die Preise zu bezahlen, die der von ihm aufgegebenen Bestellung conform seien.

G. In der Replik wurde die Richtigkeit der vom Beklagten gemachten Ausstellungen in Widerspruch gesetzt und darauf angetragen, daß derselbe mit seinen Detailbemängelungen nicht mehr zu hören sei.

H. Das Gericht beschloß hierauf die Einvernahme der von den Parteien angerufenen Zeugen Meckel und Coßmann und ordnete im Weitern eine Expertise über die Beschaffenheit der beanstandeten Kleiderlieferung an.

I. Auf Grund der Aussagen des heute einvernommenen Zeugen Hermann Meckel, Reisenden der klägerischen Firma, hat deren Anwalt seine frühere Darstellung insoweit modifizirt, als er zugibt, daß der Beklagte sich vorbehalten habe, die Bestellung zu reduziren, falls sich bei der Durchsicht seiner anderweitigen Anschaffungen ergebe, daß er in einzelnen Sorten schon versehen sei.

Im Uebrigen bestätigt der Zeuge Meckel unter Vorweisung seines Taschenbuches, in welchem er die Bestellung des Beklagten notirt habe, die Richtigkeit und Uebereinstimmung der von dem Kläger eingelegten Commissionscopie (Act 13). Er sagt ferner aus, er wisse bestimmt, daß er dem Beklagten eine Abschrift der Commissionsnote behändigt habe, nur erinnere er sich nicht, ob er die Copie auf ein fliegendes Papier geschrieben habe, oder auf ein Blatt, das Heymann aus einem alten Buche herausgerissen habe. Bei der Bestellung sei der Schwager des Heymann und dessen Angestellter Coßmann zugegen gewesen.

Letzterer bezeugt ebenfalls, es habe der Beklagte nur unter dem Vorbehalt bestellt, daß er nicht schon versehen sei; mit Bezug auf Stückzahl und Preise bestätigt er im Wesentlichen die Angaben seines Prinzipals; davon, daß demselben eine Commissionscopie zurückgelassen worden sei, behauptet er nichts zu wissen, obschon er dies hätte sehen müssen, da er vom Anfang an bis zum Ende der Unterredung zugegen gewesen sei.

K. Der bestellte Experte gelangt in seinem Gutachten zu folgenden Schlüssen:

Die Artikel 207, 228 und 296: *Ueberzieher* seien im Schnitte mißlungen und daher am Halse nicht passend. Die Arbeit sei theilweise gering und als sehr flüchtig genäht zu kezeichnen. Ohne Abänderung seien diese Ueberzieher im Detailverkauf nicht zu gebrauchen; die eventuellen Abänderungskosten würden sich im Durchschnitt pro Ueberzieher auf Fr. 4—5 belaufen.

Der Schnitt der *Hosen* sei fehlerhaft; der obere Theil sei zu eng und nicht hoch genug, auch entsprechen die angegebenen Maasse den Größenverhältnissen nicht. Eine Abänderung, — unter der Voraussetzung, daß die gleichen Stoffe noch zu haben seien, — sei möglich, jedoch immerhin mit Fr. 1—2 Kosten per Stück. Die Näharbeit dieser Hosen sei sehr gering.

Die zu den Artikeln 159, 178: *Juppen*, verwendeten Stoffe seien dem Preis entsprechend, jedoch von so geringer und schlechter Näharbeit, daß dieselben in diesem Zustand nicht zu gebrauchen seien.

Gegen die *Sacco's* (Art. 214) sei nichts zu sagen mit Ausnahme einiger Mängel in der Näharbeit, welche sich jedoch mit wenig Kosten verbessern liessen.

Von geflickten Kleidern hat der Experte nichts gesehen und er spricht sich dahin aus, die verwendeten Stoffe seien in der Farbe der jetzigen Mode entsprechend, und der Einwand, daß die Dessins für hiesige Gegend unpassend seien, unbegründet. Die Stückzahl der beiden Sendungen stimme mit den Fakturen überein.

Auf Begehren des klägerischen Vertreters ist der Experte noch zur heutigen Schlußverhandlung vorgeladen worden; derselbe hat seinem schriftlichen Befund noch folgende Bemerkungen hinzugefügt:

Die gerügten Mängel seien für Jedermann sichtbar. Die Waare sei sehr flüchtig gearbeitet und gegenüber dem verrechneten Preis sehr gering. Für diese Preise sollte keine solche Arbeit vorkommen. Unter den Joppen befinden sich einzelne absolut unverkäufliche Stücke. Die Joppen, welche zu Mk. 6. 50 verrechnet seien, stehen an der untern Grenze desjenigen, was fabrizirt werde; wer solche Waare kaufe, sei einfach betrogen.

Bei der ersten, im Laden des Beklagten befindlichen Sendung seien alle Stücke mangelhaft gearbeitet; der Stoff sei an sich dem Preise entsprechend, aber die Näharbeit schlecht.

L. In der Schlußverhandlung beantragte der Vertreter des Klägers, die Klage voll und ganz gutzuheißen, eventuell dem Beklagten nur einen kleinen Abzug zuzubilligen, dagegen demselben nicht das Recht zu geben, die Waare heimzuschlagen, weiter eventuell wäre der Beklagte nur zu berechtigen, dasjenige zurückzubieten, was erheblich mangelhaft sei.

Der Vertreter des Beklagten hielt dagegen an den in der Hauptverhandlung gestellten Anträgen fest.

Entscheidungsgründe:

1. Es herrscht unter den Parteien Streit einmal über den Umfang der vom Beklagten anfänglich unter einem Vorbehalt gemachten, später aber definitiv gewordenen Bestellung; sodann will der Beklagte zu andern als den fakturirten Preisen gekauft haben und es soll nach seiner Darstellung auch Qualität und Dessin der gelieferten Waare der getroffenen Abrede nicht entsprechen. Die von den Parteien aufgeworfene Frage, wen in dieser Richtung die Beweislast treffe, ist zweifellos zu Gunsten des Beklagten zu entscheiden. Zum Fundament der Klage auf Bezahlung des Kaufpreises gehört der Nachweis, daß die gelieferte Waare, nicht mehr und nicht weniger, Gegenstand des Kaufes gewesen sei und daß die Kontrahenten sich auf denjenigen Kaufpreis geeinigt haben, welcher gefordert wird.

2. Der dem Kläger obliegende Beweis kann nun aber nicht als geleistet angesehen werden. Zunächst darf zugegeben werden, daß die Uebersendung einer Commissionscopie durch den Reisenden an das vertretene Haus und die Thatsache dementsprechender Lieferung nicht ganz ohne Bedeutung ist bei Würdigung der Beweismomente. Nun ist aber zu beachten, daß — was doch nahe gelegen hätte — nicht die Commissionscopie zu den Akten gebracht worden ist, welche Meckel geschrieben und nach München gesandt hat, sondern nur eine unbeglaubigte Abschrift. — Die Aussagen des als Zeugen angerufenen Reisenden Meckel machen zwar nicht gerade den Eindruck der Unglaubwürdigkeit, indessen können dieselben für sich allein nicht beweisbildend sein, da die Person, von welcher sie herrühren, ganz abgesehen von dem ökonomischen Interesse, das sie allfällig am Ausgange des Prozesses hat, sich durch ein gegentheiliges Zeugniß blosstellen müßte. — Der Kläger hat auf den Umstand, daß der Beklagte über die Zahlungsbedingungen gemarktet habe, als ein seine Darstellung unterstützendes und zu Ungunsten des Beklagten sprechendes Indizium hingewiesen, allein hierauf kann unmöglich viel Gewicht gelegt werden, zumal die Behauptung, daß bei der Bestellung Baarzahlung verabredet worden sei, bestritten ist. Anderweitige erhebliche Beweismomente haben vom Kläger nicht namhaft gemacht werden können.

4. Auf der andern Seite hätte der Kläger, welcher mit dem Beklagten zum ersten Mal verkehrte, alle Veranlaßung gehabt, sich den Beweis zu sichern. Es ist aber in dieser Beziehung von seiner Seite gar nichts geschehen, obschon ihm verschiedene Mittel zu Gebote gestanden hätten. Wenn man auch nicht so weit gehen will, vorzuschreiben, daß der Reisende, welcher eine Bestellung erhält, sich dieselbe vom Besteller unterschriftlich bescheinigen lassen müsse, was in gewissen Geschäftsbranchen zwar üblich ist, so erfordert doch ein ordentlicher kaufmännischer Geschäftsverkehr, daß das vertretene Haus nach Eingang der Ordre seines Reisenden die

Bestellung dem Besteller gegenüber brieflich bestätige. Die klägerische Firma wird nun die Folgen dieser Unterlassung auf sich nehmen müssen.

4. Die Klage ist also schon Mangels Beweises der Bestellung zu verwerfen. Ein Antrag in dem Sinne, daß der Beklagte von den gelieferten Kleidern wenigstens so viel zu behalten und zu bezahlen habe, als er bestellt zu haben anerkenne, ist nicht gestellt worden; es könnte aber einem solchen schon deshalb keine Folge gegeben werden, weil eine Ausscheidung der zu empfangenden und der zurückzubietenden Stücke mit Rücksicht auf die bezüglich der Preise bestehende Differenz nicht möglich wäre.

5. Aber selbst wenn der Richter den Beweis für eine Bestellung in dem Umfange und in der Art, wie der Kläger sie behauptet, als geleistet ansehen wollte, müßte die Klage fallen. Durch die Expertise ist nämlich festgestellt, daß die Waare mit Mängeln behaftet ist, welche sie als unannehmbar erscheinen lassen. Die Frage, ob die Mängelrüge nach hiesigem oder deutschem Rechte zu beurtheilen sei, kann hier füglich unerörtert bleiben, da das deutsche Handelsgesetzbuch in dieser Beziehung vom schw. O.-R. grundsätzlich nicht abweicht. Der Käufer hat eben das Recht, den Kauf rückgängig zu machen, wenn die Kaufsache nicht die zugesicherten Eigenschaften besitzt oder nicht gesetzesgemäß beschaffen ist, d. h. an solchen Mängeln leidet, welche ihren Werth oder ihre Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich vermindern (Art. 243 des O.-R. conf. Art. 346 u. 335 des deutschen Handelsgesetzbuches) und dies ist hier der Fall. Der Experte, dessen Unbefangenheit und Sachverständniß an sich nicht anbezweifelt wird, hat konstatirt, einmal, daß die Paletots und Hosen schlechten Schnitt haben und in diesem Zustand unverkäuflich seien; überdies rügt er an sämmtlichen Artikeln schlechte Näharbeit und bemerkt, daß die Joppen, deren Schnitt er nicht beanstandet, aus dem angeführten Grunde nicht zu gebrauchen seien. Wenn der klägerische Vertreter ausführt, es sei vom Experten die Natur dieser Waare als Fabrikarbeit in Verbindung mit den überaus niedrigen Preisen zu wenig gewürdigt worden, so ließe sich damit doch wohl nur die flüchtige Näharbeit entschuldigen, nicht aber wird dadurch die Thatsache beseitigt, daß die Kleider zum größten Theil des fehlerhaften Schnittes wegen unbrauchbar sind. Uebrigens hat der Experte in der Schußverhandlung ausdrücklich erklärt, auch die Näharbeit sei im Verhältniß zu den berechneten Preisen zu gering und ungenügend.

6. Es kann sich also nur noch fragen, ob der Richter mit Rücksicht darauf, daß der Experte annimmt, die beanstandeten Kleidungsstücke lassen sich ändern und in brauchbaren Zustand bringen, dem heute gestellten Antrage gemäß nicht Wandelung des Kaufs eintreten lassen, sondern bloß Ersatz des Minderwerthes zusprechen solle. Allein es leuchtet sofort ein, daß die Mängel der Näharbeit nicht gänzlich beseitigt werden können. Zudem sind die vom Experten in Anschlag gebrachten Abänderungskosten nicht ganz geringfügig, anderseits wäre die Vornahme der nöthigen Reparaturen mit so viel Umtrieben verbunden, daß dem Beklagten die Annahme der Waare nicht wohl zugemuthet werden kann, und zwar muß sich die Wandelung auch auf diejenigen Artikel erstrecken, bezüglich welcher sich der Experte auf wenige und unbedeutende Aussetzungen beschränkt, denn es machen Jene nur den kleinsten Theil der Lieferung aus. Unter diesen Umständen würde sich eine Trennung nicht rechtfertigen.

7. Die Widerklage ist grundsätzlich anerkannt und der Betrag der Auslagen des Beklagten für Fracht und Zoll durch den Frachtbrief ausgewiesen.

Der Kläger als gänzlich unterliegende Partei hat die Kosten des Prozesses zu tragen und den Beklagten für außergerichtliche Kosten und Umtriebe angemessen zu entschädigen.

Schluss:

1. Die Klage ist abgewiesen.
2. Der Kläger und Widerbeklagte ist schuldig, dem Beklagten und Widerkläger die Auslagen für Fracht und Zoll im Betrage von 59 Fr. 51 Cts. zu ersetzen.

3. Die Staatsgebühr ist auf 100 Fr. festgesetzt.

4. Der Kläger und Widerbeklagte hat die Kosten des Prozesses zu tragen und dem Beklagten und Widerkläger eine Prozeßentschädigung von 120 Fr. zu bezahlen.

5. Mittheilung.

Urtheil

des

Handelsgerichtes Zürich

vom 11. Mai 1888,

in Sachen

der Frau *Margaretha Briner* geb. *Weidmann*, Ehefrau des Gottfried Briner am Rennweg in Zürich, Klägerin,

gegen

Frau *Mayenfisch*, Schuhhandlung an der Wühre in Zürich, Beklagte,

betr. Forderung aus Vertragsbruch und unerlaubter Handlung.

Klage auf Unterlassung des Gebrauchs einer Ausstellungsmedaille durch Abdruck derselben auf Geschäftsempfehlungskarten, Rechnungsformularen und Korrespondenzen.

Streitfrage:

Ist der Beklagten zu untersagen, auf ihren Geschäftsempfehlungskarten, Rechnungsformularen und andern in ihrem Geschäfte zur Verwendung kommenden Papieren die Abbildungen der ihrem verstorbenen Ehemann Jean Mayenfisch an der Weltausstellung vom Jahr 1878 in Paris für die Schuhfabrikation ertheilten Medaille abzudrucken und ist sie verpflichtet, sofort alle diejenigen Geschäftspapiere, welche jene Abbildungen tragen, zu vernichten.

Thatsächliches:

A. Der am 19. Januar 1882 verstorbene Ehemann der Beklagten, Joh. Nepomuck Mayenfisch, betrieb in Zürich unter der Firma „Jean Mayenfisch" ein Schuhfabrikationsgeschäft und hielt daneben einen Schuhwaarenladen im Hause Wühre Nr. 7; seine Werkstatt befand sich an der Zinnengasse. Derselbe hatte sich an der Weltausstellung in Paris vom Jahre 1878 beteiligt und war dort prämirt worden; es wurde ihm eine bronzene Medaille zuerkannt. Die Rückseite derselben trägt in der Mitte den Namen „J. Mayenfisch". Das zugehörige Diplom spricht sich über das Ausstellungsobjekt und den speziellen Grund der Prämirung nicht aus. Mayenfisch ließ dann seine Rechnungsformulare mit einer Abbildung der Vorder- und Rückseite der Medaille ausschmücken.

B. Ueber den Nachlaß des J. Mayenfisch, welcher außer der Wittwe eine minderjährige Tochter hinterließ, wurde vom Waisenamt ein Inventar aufgenommen und zwar über das Schuhfabrikationsgeschäft am 20. Februar und über das Schuhwaarengeschäft am 28. Februar. Ersteres Inventar enthält das Werkstattmobiliar, das Werkzeug und die Ledervorräthe im Gesammtschatzungswerthe von Fr. 7712, letzteres führt sämmtliche übrigen Geschäftsaktiven (Guthaben, Vorrath an Schuhwaaren, Ladenmobiliar etc.) im Schatzungswerthe von ca. Fr. 20,000 und die Geschäftspassiven auf.

Laut Vertrag vom 5. März 1882 zwischen der Wittwe Mayenfisch-Oberheißer einer und der Klägerin Frau Briner anderseits, welcher auch vom Vormund der Tochter Maria Mayenfisch unterzeichnet ist, erwarb die Klägerin, deren Ehemann von Beruf Schuhmacher ist, das Mayenfisch'sche Schuhfabrikationsgeschäft zum Preise von Fr. 8500. In Art. 4. des Vertrages ist gesagt, daß dieses Geschäft unter der Firma Fr. Briner, „*Nachfolger von Jean Mayenfisch*" weiter betrieben werde. Der Art. 6 legt der Klägerin, gegenüber der Verkäuferin Frau Mayenfisch, welche ihren Schuhwaarenladen an der Wühre unter der Firma „Jean Mayenfisch" weiter führe, u. A. folgende Verpflichtungen auf:

a. Frau Briner liefert Schuhwaaren für den Laden der Frau Mayenfisch nach Bestellung mit 20 % Rabatt des gewöhnlichen Kundenpreises.

b. Was nach Maß bestellt wird im Laden, geht auf Rechnung der Frau Briner, davon gehen aber 5 % an Frau Mayenfisch ab.

c. Frau Briner liefert dem Laden die Flickarbeiten aller im Laden verkauften Schuhwaaren mit 20 % der gewöhnlichen Flickerpreise.

d. Frau Briner verpflichtet sich, so lange Frau Mayenfisch ihren Laden beibehält, keinen Schuhwaarenladen zu etabliren, wogegen sich Frau Mayenfisch verpflichtet, bei allfälligem Verkauf ihres Ladens der Frau Briner das Vorkaufsrecht einzuräumen.

C. Bis im Juni 1883 betrieb nun die Beklagte den Schuhwaarenhandel unter der Firma „Jean Mayenfisch" weiter; dann ließ sie sich unter der Firma „Frau Mayenfisch" ins Handelsregister eintragen. Sie führte demzufolge andere Rechnungsformulare und Geschäftskarten ein mit der Aufschrift: „Schuhwaarenlager Frau Mayenfisch Zürich". Die Abbildung der Medaille auf denselben behielt sie bei, jedoch mit Weglassung des Namens „J. Mayenfisch" auf der Rückseite der Medaille. Nun verwendete aber ihr Lithograph für die Rechnungsformulare ein altes Cliché, worin „Cardenfabrik Rüti" steht, und vergaß, diese Worte auszuradiren. Es scheint dies von der Beklagten bis dieses Frühjahr gar nicht beachtet worden zu sein, da die Schrift sehr klein ist; auf erhobene Reklamation hat sich der Lithograph verpflichtet, die Worte „Cardenfabrik Rüti" durch schwarzen Ueberdruck aus dem Bild der Medaille zu entfernen, was nun geschehen ist.

D. Im Juni 1887 entstand zwischen den heutigen Litiganten Prozeß, weil Frau Briner entgegen der Bestimmung des Art. 6 d. des Vertrages am Rennweg einen Schuhwaarenladen eröffnet hatte. Frau Mayenfisch verlangte laut der friedensrichterlichen Weisung, daß Frau Briner den Laden aufgebe und machte überdies eine Schadenersatzforderung aus Vertragsbruch geltend. Aus der damals gepflogenen Correspondenz ist hervorzuheben, daß Frau Briner sich bereit erklärte, für ihr Schuhmaßgeschäft den Firmazusatz „Nachfolger von Jean Mayenfisch" wegzulassen, sofern 1. Frau Mayenfisch darauf verzichte, künftighin irgend einem Inhaber eines Schuhmaßgeschäftes zu gestatten, seiner Firma den Zusatz „Nachfolger des Jean Mayenfisch" beizufügen; und sofern 2. der Frau Briner gestattet werde, die vorhandenen Couverts und Ettiquetten, welche ihre Firma mit dem erwähnten Zusatz betr. die Nachfolgerschaft Mayenfisch tragen, in ihrem Geschäfte noch zu verwenden.

Die heutige Beklagte ließ hierauf durch ihren Anwalt antworten, daß sie der Frau Briner die Fortführung des Schuhwaarenladens nur zugestehen und auf die verlangte Entschädigung nur verzichten wolle, wenn Letztere ohne jegliche Klausel sich verpflichte, den Zusatz zu ihrer Firma „Nachfolger von Jean Mayenfisch" überall wegzulassen und die noch vorhandenen Nötli, Couverts etc., die diesen Zusatz enthalten, zu vernichten, alles in der Meinung, daß nur noch Wittwe Mayenfisch (in ihrem Schuhwaarengeschäft) den Firmazusatz „Jean Mayenfisch Nachfolger" führen und übertragen dürfe.

Später einigten sich die Litiganten in folgender Weise:

1. Der Vertrag vom 5. März 1882 wurde soweit nicht bereits erfüllt, von beiden Theilen als gänzlich erloschen erklärt.

2. Speziell wurde noch ausbedungen, daß vom Vergleichsabschlusse an weder Frau Briner noch Frau Mayenfisch in ihren Geschäften den Firmazusatz „Nachfolger von Jean Mayenfisch" führen und ebensowenig einem etwaigen Käufer des Geschäftes das Recht, den vorerwähnten Firmazusatz zu führen, übertragen dürfen. Auch verpflichtete sich Frau Briner, sofort die Nötli, Couverts etc., welche obigen Firmazusatz führen, entweder außer Gebrauch zu setzen und zu vernichten, oder auf denselben den Zuzatz „Nachfolger von Jean Mayenfisch" zu entfernen, bezw. völlig unleserlich zu machen. In Folge dieses Vergleichs wurde der beim Bezirksgericht Zürich anhängig gemachte Prozeß durch Beschluß vom 23. September 1887 als erledigt abgeschrieben.

E. Mit Schreiben vom 18. November 1887 wurde Frau Briner aufgefordert, der ihr gemäß dem abgeschlossenen Vergleich obliegenden Verpflichtung, den Firmazusatz „Nachfolger von Jean Mayenfisch" auf ihren Geschäftspapieren auszulöschen, unverzüglich nachzukommen, ansonst Frau Mayenfisch ge-

zwungen wäre, gerichtliche Hülfe in Anspruch zu nehmen. Die Klägerin behauptete hierauf, sie habe ihre Verpflichtungen im ganzen Umfange erfüllt, und verlangte ihrerseits, daß Frau Mayenfisch es unterlasse, auf den Rechnungsformularen und auf den Geschäftsempfehlungskarten die Medaille abdrucken zu lassen, welche der Ehemann Mayenfisch im Jahre 1878 an der Weltausstellung in Paris für sein an Frau Briner übergegangenes Schuhfabrikationsgeschäft erhalten habe, und daß sie diejenigen Exemplare der genannten Formulare und Karten, welche die betreffenden Figuren tragen, beseitige.

Frau Mayenfisch wies am 5. Dezember 1887 diese Zumuthung zurück. Sie bestritt der Klägerin die Berechtigung, ihr die Führung dieser Medaille zu verbieten, indem dieselbe beim Verkauf des Fabrikationsgeschäftes im Jahre 1882 nicht an Frau Bryner abgetreten, von Letzterer daher auch niemals gebraucht, vielmehr fortwährend von Wittwe Mayenfisch in ihrem Waarengeschäft weiter benutzt worden sei und da dieselbe durch den Vergleich vom 22. September 1887 nur auf die Firma „Jean Mayenfisch Nachfolger“ verzichtet habe, die Medaille diese Firma aber nicht enthalte, so dürfe sie solche auch weiter führen.

Die Klägerin machte hierauf beim Friedensrichteramt Klage anhängig und reichte am 12. März d. Js. beim Handelsgericht friedensrichterliche Weisung mit der Eingangs genannten Streitfrage ein.

F. In der Klageschrift wird ausgeführt: Indem die Beklagte fragliche Medaille auf ihren Geschäftspapieren abbilden lasse, gerire und bezeichne sie sich als Nachfolgerin des Jean Mayenfisch, und mache sich damit eines Widerspruchs gegen die getroffenen Vereinbarungen schuldig. Die Ertheilung einer Prämie an einen Geschäftsmann, der sich an einer Ausstellung betheilige, sei eine persönliche Auszeichnung. Nur er selbst habe die Befugniß, solche für sich zu verwerthen und sich derselben als Empfehlung seiner Leistungsfähigkeit zu bedienen. Dieses Recht sei nicht übertragbar und gehe mit seinem Tode weder an seine Erben noch an seine anderweitigen Geschäftsnachfolger über. Unter allen Umständen dürfe eine solche Prämirung nicht für ein ganz anderes Geschäft als für dasjenige, für welches sie erfolgt sei, ausgebeutet werden. Wenn überhaupt Jemand sich dieselbe zu Nutzen ziehen dürfte, so wäre das die Klägerin, welche das seiner Zeit prämirte Geschäft besitze, nicht aber die Beklagte, welche einen Handel treibe mit Schuhen, die von verschiedenen Fabrikanten geliefert werden und deren Geschäft bei der Zusprechung der Prämie in keiner Weise in Betracht gekommen sei.

Nicht nur vom Standpunkt des Vergleiches vom 22. September 1887 aus, sondern auch gestützt auf den Vertrag vom 5. März 1882 sei die Klägerin berechtigt, der Beklagten den Gebrauch der Medaille zu verbieten, zumal sie das Fabrikationsgeschäft sehr theuer bezahlt habe.

In der heutigen Verhandlung wurde vom klägerischen Vertreter der weitere Standpunkt eingenommen, in dem unbefugten Gebrauch einer solchen Medaille liege eine Täuschung des Publikums, welche die Behörden sowohl wie die geschädigten Privaten zur Einsprache berechtige.

G. Die Beklagte läßt auf Verwerfung der Klage antragen, indem sie auf dieselbe erwiedert:

Das Geschäft des Jean Mayenfisch habe 3 Branchen umfaßt:

1. Das Maaßgeschäft, in welchem Schuhe auf Einzelbestellung angefertigt worden seien;
2. habe er durch circa 15 Arbeiter Herrenschuhe auf Lager anfertigen lassen und diese im Laden an der Wühre verkauft;
3. habe er große Partieen Damenschuhe angekauft zum Weiterverkauf im Laden.

Alle 3 Branchen haben ein einheitliches Geschäft mit einer Kasse und einer Buchführung gebildet. — Mayenfisch sei an der Pariser Ausstellung prämirt worden für Schuhe, die er nach dem System von Prof. Dr. Hermann Meyer angefertigt habe. Er habe diese Auszeichnung erwerben wollen und benutzt für sein Schuhwaarengeschäft an der Wühre, woselbst eine Abbildung der Medaille im Schaufenster ausgestellt gewesen sei.

Nach dem Tode des Mayenfisch sei das ganze Geschäft mit Aktiven und Passiven,

mit einziger Ausnahme des Werkzeuges und der Ledervorräthe, welche von Frau Briner als Käuferin des Maaßgeschäftes erworben worden seien, auf die Wittwe übergegangen, und von ihr unter der gleichen Firma weiter betrieben worden. Sie sei also die eigentliche Geschäftsnachfolgerin und habe als solche das Recht zur Führung der Medaille, welches sie auch stets und von Seite der Klägerin unwidersprochen ausgeübt habe. Sie habe durch Abschluß des Vergleiches auf dieses Recht nicht verzichtet; es hätte dies dort ausdrücklich gesagt werden müssen. Es sei auch nicht richtig, daß die Beklagte, indem sie die Medaille führe, sich als Nachfolgerin des Mayenfisch bezeichne, denn die Abbildungen auf den Rechnungen und Geschäftskarten enthalten jenen Namen nicht.

Aber auch wenn die Beklagte nicht berechtigt wäre, von der Medaille Gebrauch zu machen, so müßte die Klägerin wegen mangelnder Aktivlegitimation abgewiesen werden, da sie kein Recht auf die Medaille erworben habe und nicht jeder beliebige Bürger gegen einen unberechtigten Träger einer Medaille klagend auftreten könne.

Entscheidungsgründe:

1. An der Einrede der Inkompetenz des Handelsgerichtes, welche laut der Weisung zu gewärtigen war, hat die Beklagte nicht festgehalten; gleichwohl mußte sich das Gericht von Amtswegen die Frage vorlegen, ob anzunehmen sei, der Streitwerth übersteige den Betrag von Fr. 500 nicht. Es ist nun aber thatsächlich unmöglich, das Interesse, welches die Klägerin an dem angestrebten Verbot hat, oder den Werth, welcher für die Beklagte in dem Abdruck der Medaille auf ihren Geschäftspapieren liegt, auch nur ungefähr in Geld abzuwägen, und so ist das Gericht mit Rücksicht darauf, daß im Zweifel immer für die Kompetenz des höheren Gerichtes zu entscheiden ist (§ 231, Abs. 2 des Rechtspflegegesetzes) und daß die zu entscheidende Frage von keineswegs zu unterschätzender Bedeutung für den Handelsverkehr ist, dazu gelangt, den Prozeß an Hand zu behalten.

2. Die Rechtstitel, aus welchem der Klaganspruch abgeleitet wird, sind: Vertrag und unerlaubte Handlung. Zunächst wird zu erörtern sein, ob der Klägerin ein vertragliches Recht zustehe, der Beklagten die Verwendung der Pariser Ausstellungsmedaille für ihre Geschäftspapiere zu verbieten. Vollständig außer Betracht fällt der Kaufvertrag vom 5. März 1882, da derselbe durch den Vergleich vom 22. September 1887, soweit er nicht bereits erfüllt war, als erloschen erklärt worden ist. Uebrigens hat derselbe auch keine auf die Medaille bezügliche Bestimmung enthalten. Der Standpunkt, daß die Medaille bezw. das Recht znr Führung derselben mit dem Schuhfabrikationsgeschäft verkauft worden und auf die Klägerin übergegangen sei, wird von ihr erst in zweiter Linie eingenommen; denn sie hält dafür, daß die in der Medaille liegende Auszeichnung mit der Person des Erwerbers verknüpft und unübertragbar sei.

Sodann soll in der Führung der Medaille durch die Beklagte ein Verstoß gegen die im Vergleich eingegangenen Verpflichtungen liegen. Laut demselben ist es den Kontrahenten untersagt, in ihren Geschäften den Firmazusatz „Nachfolger von Jean Mayenfisch“ zu führen und dieses Recht einem etwaigen Käufer des Geschäftes zu übertragen. Die Klägerin erblickt nun in dem Abdruck der Medaille auf den Rechnungsformularen der Beklagten einen das Nachfolgerverhältniß andeutenden Firmazusatz, jedoch mit Unrecht. Unter einem Firmazusatz kann doch nichts anderes verstanden werden, als ein oder mehrere Wörter, welche zur näheren Bezeichnung des Geschäftes oder der Person des Inhabers dienen. Einen wörtlichen Zusatz hat die Beklagte ihrer Firma nicht beigefügt. In den Abbildungen der Medaille auf den noch im Gebrauch befindlichen Rechnungsformularen und Geschäftskarten ist der Name J. Mayenfisch nicht mehr enthalten, so daß dieselben absolut keine Schlüsse auf ein Nachfolgeverhältniß zulassen. Aber selbst wenn die Abbildungen den Namen des Erwerbers der Medaille tragen würden, läge hierin keine Verletzung des Vergleichs, da die Abbildung einer Medaille ein Firmazusatz nicht genannt werden kann, und einer Fabrik- oder Handelsmarke nicht gleichzuachten ist. Der Vertreter der Klägerin ist auch offenbar selbst

davon ausgegangen, daß weder das eine noch das andere zutreffe, denn sonst hätte er ja den Art. 876 des O.-R. anrufen können, wonach demjenigen, welcher durch den unbefugten Gebrauch einer Firma — und hierunter ist auch die Beifügung eines unstatthaften Firmazusatzes zu verstehen (siehe Schw. Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen Bd. VI pag. 145) — beeinträchtigt wird, eine Klage auf Unterlassung der weitern Führung der Firma und auf Schadenersatz gegeben ist.

3. Es bleibt also nur noch der Rechtstitel der unerlaubten Handlung (Art. 50 und folgende des O.-R.) übrig. Hier wirft sich die Frage auf, ob die Leistung, auf welche das Rechtsbegehren gerichtet ist, mit der durch das Gesetz an eine widerrechtliche Schadenszufügung geknüpften Folge, der Schadenersatzpflicht, zusammen falle oder ob die Klage nicht auf etwas ganz Anderes gerichtet sei. Wenn der Art. 51 des O.-R. bestimmt, daß Art und Größe des Schadenersatzes durch richterliches Ermessen bestimmt werde, so ist damit gesagt, daß dieser Ersatz in verschiedenen Formen geleistet werden könne. In der That besteht der Ersatz nicht immer in Geld, es kann derselbe auch in natura stattfinden, z. B. durch Wiederherstellung der beschädigten Sache. (Vergl. Commentar von Schneider und Fick zu Art. 51 Anmerkung 1). Es ist nun nicht einzusehen, weshalb der Ersatz des Schadens nicht auch in der Beseitigung einer schädigenden Anstalt auf Kosten des Schädigers gefunden werden kann. Dadurch, daß die Beklagte verpflichtet wird, die Geschäftspapiere, welche die Medaille tragen, zu beseitigen und dieselbe überhaupt nicht weiter zu führen, wird die Konkurrenzfähigkeit der Klägerin, in deren Beeinträchtigung sie die Schädigung erblickt, wieder gehoben. — Gleichwohl kann die Klage auf Grund des Art. 50 des O.-R. nicht geschützt werden, weil es an dem Erforderniß der Widerrechtlichkeit gebricht.

4. Es steht nämlich nicht fest, daß die Beklagte die Medaille unrechtmäßiger Weise inne habe und gebrauche, vielmehr ist anzunehmen, dieselbe sei mit dem Schuhgeschäft ihres Mannes auf sie übergegangen.

Die von der Klägerin hiegegen erhobene prinzipielle Einwendung, daß die Verleihung einer Ausstellungsmedaille eine rein persönliche Auszeichnung sei, ist nur unter gewissen Einschränkungen zutreffend. Einmal pflegen ja solche Medaillen auch Geschäftshäusern zuerkannt zu werden, an welchen mehrere Personen betheiligt sind. Es tritt also die Persönlichkeit der Inhaber gegenüber dem Geschäft mit seinen Einrichtungen und Maschinen zurück. Wie nun hier die verliehene Auszeichnung auf das Geschäft selber übertragen wird und demselben verbleibt, auch wenn Aenderungen im Bestand der Antheilhaber eintreten, so scheint es beim Mangel einer abweichenden gesetzlichen Bestimmung oder Willenserklärung desjenigen, der die Auszeichnung verliehen hat, keineswegs ausgeschlossen, daß die von einem einzelnen Geschäftsinhaber erworbene Medaille mit dem Geschäfte auf dessen Nachfolger übergehe. — Die Botschaft des Bundesrathes zum Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend Ergänzung desjenigen über den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken citirt den Art. 1 des französischen Gesetzes über den unberechtigten Gebrauch von Medaillen und industriellen Auszeichnungen vom 30. April 1886, lautend:

„L'usage de médailles, diplômes, mentions, „récompenses ou distinctions honorifiques „quelconques décernés dans les expositions „ou concours, soit en France, soit à l'étranger, „n'est permis qu' à ceux, qui les ont obtenus „personellements, et à la maison de commerce „en considération de laquelle ils ont été „décernés.“

Es geht aus dieser Gesetzesstelle hervor, daß in der That unterschieden wird zwischen persönlichen Auszeichnungen und solchen, welche einem Geschäftshaus verliehen werden.

5. Es ist unbestritten, daß der verstorbene J. Mayenfisch neben dem sogen. Maaßgeschäft ein Schuhwaarengeschäft betrieben hat und dort die von ihm auf Lager angefertigten Herrenschuhe verkaufte. Der klägerische Vertreter hat nur nicht anerkannt, daß die Fabrikation auf Lager den Umfang gehabt habe, wie die Beklagte behaupten läßt. Diese will drei Geschäftsbranchen unterschieden wissen, das Maaßgeschäft, die Fabrikation auf

Lager und das Verkaufsgeschäft; die Parteien gehen indessen darüber einig, daß es ein einheitliches Geschäft mit einer Buchführung und Kasse gewesen ist. Thatsache ist ferner, daß der Inhaber dieses Geschäftes an der Pariser Weltausstellung von ihm verfertigte Schuhwaaren ausgestellt hat, und daß ihm eine bronzene Medaille zuerkannt worden ist. Ob der Grund dieser Auszeichnung in der vorzüglichen Arbeit oder in dem System, nach welchem die Schuhe gearbeitet waren oder in beiden Eigenschaften zu suchen sei, ist unaufgeklärt. Indessen leuchtet sofort ein, daß diese Auszeichnung namentlich als Reklame für den Verkaufsladen diente, wo eine Abbildung der Medaille im Schaufenster ausgestellt war.

Nach dem Tode des J. Mayenfisch trat in dem Verkaufsgeschäft an der Wühre nur insofern eine Aenderung ein, als nunmehr die Klägerin bezw. deren Ehemann als Käufer des Maaßgeschäftes Schuhwaaren und Flickarbeiten in den Laden lieferte, wogegen die Beklagte gehalten war, die von Kunden auf Maaß bestellte Arbeit der Klägerin zuzuweisen. Der Laden blieb also nach wie vor der Hauptsitz des (nunmehr getheilten) Geschäftes. Indem aber die Beklagte das ganze Verkaufsgeschäft mit Aktiven und Passiven übernahm und dasselbe unter der gleichen Firma weiterführte, erwarb sie auch die durch ihren Vorgänger auf dieses Geschäft übertragene Auszeichnung. Durch die spätere Aenderung der Firma ging dieses Attribut des Ladengeschäftes der Inhaberin nicht verloren.

Schluss:

1. Die Klage ist abgewiesen.
2. Die Staatsgebühr ist auf Fr. 70 festgesetzt.
3. Die Klägerin hat die Kosten des Prozesses zu tragen.
4. Dieselbe hat der Beklagten eine Prozeßentschädigung von Fr. 70 zu bezahlen.
5. Mittheilung.

Beschädigung durch Thiere.

Haftpflicht des Besitzers für den Schaden (Art. 65 des O.-R.).

Einrede, dass der Verletzte den Unfall selbst verschuldet habe und von den Beklagten alle erforderliche Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung des Thieres angewendet worden sei.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 19. Mai 1888.

Die Herren Baur und Nabholz, Baumeister im Seefeld-Riesbach, hatten der Prägnieranstalt der Schweiz. Nordostbahn in Zürich im Sommer des verflossenen Jahres (1887) Holz zuzuführen. Am 15. Juli besorgte ihr Knecht Friedrich Wenger diese Zufuhr. Es wurde ihm ein sogenannter Bruggwagen, bespannt mit drei Pferden, mitgegeben. Verladen waren Rundhölzer von 5 Meter Länge und 15 cm. Durchmesser. Das Abladen der Hölzer am Bestimmungsort, bei der Prägnieranstalt der Nordostbahn, wurde vom Fuhrknecht Friedrich Wenger selbst besorgt. Er band die Leitseile der Pferde zurück an den Wagen, bestieg dann diesen und rollte die Hölzer über die Längenseiten des Wagens hinunter. Gleichzeitig, währenddem er ablud, trugen zwei bei der Prägnieranstalt der Nordostbahn angestellte Handlanger, Namens Heinrich Breinlinger in Außersihl und Emil Willner daselbst, die abgeladenen Hölzer vom Wagen weg und schichteten dieselben seitwärts auf. Beim Wegnehmen der Hölzer befand sich der erstgenannte Arbeiter, Breinlinger, vorn am Wagen in der Nähe der Stangenpferde und zwar auf der Seite des Handpferdes, Willner dagegen hinten. Der 15. Juli war ein heißer Tag und es wurden deßhalb die Pferde von den Bremsen ungewöhnlich stark geplagt, was dieselben unruhig machte; so verwickelte sich z. B. das vorausgespannte Pferd in den Zugstricken, welche Verwicklung von Breinlinger gelöst wurde, währenddem Willner das Pferd unterdessen hielt.

Als Breinlinger und Willner wieder ein bestimmtes Stück Holz aufheben wollten, war

las Handpferd etwas zurück und in die Nähe lieses Holzstückes getreten. Breinlinger lrehte sich deßhalb etwas nach links gegen las Pferd und wollte es mittelst Zuruf („hü, ürsi") und einer entsprechenden Bewegung nit erhobener Hand antreiben. Das Pferd rat indessen lediglich etwas seitwärts, schlug lann aber sofort aus und traf dabei den Breinlinger an der linken Brustseite, worauf er ohnmächtig zu Boden fiel, nachher aufgehoben und sofort in den Kantonsspital gebracht wurde. Die Nordostbahn ordnete eine protokollarische Einvernahme der beim Unfall zugegen gewesenen Personen an. Vor allem wurde der Mitarbeiter Breinlingers, Willner, einvernommen und dieser deponirte unter Anderm, daß der Fahrknecht Friedrich Wenger unmittelbar *nach* dem Ausschlagen des Pferdes vom Wagen herunter gerufen habe: „Gebt Acht, das Pferd schlägt gerne aus" und daß, — wie er gehört, — später von einem andern Knecht der Herren Baur und Nabholz eine Aeußerung gethan worden sein soll, welche bestätigen würde, daß das betreffende Pferd ein Schläger sei. Bezüglich des letztern Punktes bezeugten 4 Handlanger der Prägnieranstalt übereinstimmend: Am gleichen 15. Juli Nachmittags (der Unfall begegnete am Vormittag) habe ein anderer Knecht von Baur und Nabholz mit einem Einspänner den Rest des Holzes gebracht. Es sei ihm bemerkt worden, er solle ausspannen, sonst riskire man am Ende einen Schlag wie am Vormittag. Darauf habe derselbe erwidert: „Dieses Pferd macht nichts, aber den andern „Kaib" kenne ich schon, es hat schon seinen eigenen Meister geschlagen."

Der Hufschlag, den Breinlinger erhalten, hatte einen Knochenbruch der linken 7. Rippe verursacht. Am 9. August 1887 wurde Breinlinger als geheilt aus dem Spital entlassen und am 24. August trat er seinen Dienst bei der Nordostbahn mit dem nämlichen Lohn von 3 Fr. 50 per Tag wieder an.

Breinlinger war der Ansicht, daß ihm die Herren Baur und Nabholz den Schaden zu ersetzen haben, diese bestritten aber die Schuldpflicht und es kam deßhalb zum Prozeß.

Der Kläger verlangte:

1. Ersatz der Heilungskosten mit	Fr.	26. 75
2. Für entgangenen Verdienst vom 15. Juli bis 24. August 1887 (dem Tage des Wiedereintritts bei der Nordostbahn) = $33^1/_2$ Tage à Fr. 3. 50	„	117. 25
3. Ersatz für bleibenden Nachtheil durch Schmälerung der Arbeitsfähigkeit und Gefahr der Erkrankung	„	500. —
Summa	Fr.	644. —

Zur dritten Post wurde bemerkt, der Gesundheitszustand des Klägers sei immer noch ein anormaler, mitunter machen sich Schmerzen in der Brust und auf der Seite geltend. Schwere Gegenstände könne der Kläger nicht heben, sondern dürfe nur leichtere Arbeit verrichten. Bei der Nordostbahn sei derselbe ausgetreten und er erleide nun, weil seine Arbeitskraft eine geschwächte sei, Schaden. Der Gerichtsexperte, Professor Krönlein, erklärte auf Grund einer Untersuchung des Breinlinger, daß derselbe für einige Zeit noch bei strenger Arbeit eine geringere Leistungsfähigkeit, als er sie früher besessen, haben werde, denn wenn sich auch die Richtigkeit der Behauptung Breinlingers, daß er bei anstrengender Arbeit an der frühern Bruchstelle noch ab und zu Schmerzen empfinde, nicht objektiv nachweisen lasse, so sei sie doch durchaus glaubwürdig und werde wenigstens durch die Erfahrung unterstützt.

Das Bezirksgericht Zürich hiess die Klage grundsätzlich gut und verpflichtete die Beklagten zur Bezahlung von 244 Fr. (den zwei ersten Posten der Klage und 100 Fr. zu Post 3 derselben). Der Kläger begnügte sich mit diesem Urtheil, die Beklagten aber appellirten und verlangten gänzliche Abweisung der Klage, eventuell Reduktion der Urtheilssumme auf 144 Fr. *Das erstinstanzliche Urtheil wurde aber bestätigt.*

Gründe:

1. Da die Verletzung des Klägers, welche Veranlassung zum gegenwärtigen Prozeß gegeben hat, demselben von einem Pferde der Beklagten und zwar zu einer Zeit, da die letztern auch „Halter" des Thieres waren, zugefügt worden ist, so richtet sich die

grundsätzliche Frage der Haftpflicht der Beklagten nach dem Art. 65 des Obligationenrechts und zwar in dem Sinne, daß die letztern unbedingt, also ganz abgesehen von der Bestimmung des Art. 62 des O.-R. auch für einen allfälligen Mangel in der Verwahrung und Beaufsichtigung des Pferdes Seitens ihres Fahrknechtes Wenger aufzukommen haben.

2. Die Beklagten machen geltend, es habe Kläger das Pferd gereizt und dadurch die Verletzung selbst verschuldet. An sich ist diese Einrede gewiß zulässig und erheblich, denn wenn auch der Art. 65 selbst nichts davon sagt, daß die Ersatzpflicht dann ausgeschlossen sei, wenn der Beschädigte durch sein eigenes ungehöriges oder unvorsichtiges Verhalten die Verletzung veranlaßt hat, so ist doch selbstverständlich, daß die in Art. 51 Satz 2 des O.-R. aufgestellte Regel, wonach da, wo dem Beschädigten ein Verschulden beigemessen werden muß, die Ersatzpflicht ganz oder theilweise aufhört, auch in solchen Fällen Anwendung finden muß. Es handelt sich ja auch hier um Haftpflicht aus außervertraglichem Verschulden und daraus folgt von selbst, daß wenn und soweit der Unfall dem Verschulden des Klägers selbst zugeschrieben werden muß, er nicht auf einem Verschulden der Beklagten beruhen kann und diese folglich auch nicht verantwortlich gemacht werden dürfen. Diese Ansicht wird denn auch im Commentar von Schneider und Fick bestätigt, indem daselbst (Anmerkung 3 zu Art. 65) gesagt ist: „Hat der Beschädigte selbst oder ein Dritter, ohne es zu wollen, das Thier gereizt, indem er es streichelte, so wird der Richter im einzelnen Falle ermessen, ob darin ein Verschulden liege, bezw. ob der Betreffende den Schaden an sich selbst zu tragen habe.“

3. Materiell ist nun aber diese Einrede unbegründet. Der Kläger hat sich nicht in müssiger oder übermüthiger Weise mit dem betreffenden Pferde zu thun gemacht, sondern er war durch die Verhältnisse dazu veranlaßt. Weil das Pferd zu weit zurückgetreten war und ihn beim Arbeiten hinderte, mußte eine Vorwärtsbewegung desselben veranlaßt werden und da der Fuhrknecht selbst die Pferde nicht hütete, obschon sie von den Bremsen sehr geplagt waren und obschon gerade das in Frage kommende Handpferd zum Ausschlagen geneigt sein soll, so kann es dem Kläger gewiß nicht zum Verschulden angerechnet werden, wenn er das zur Erreichung jenes Zweckes Erforderliche selbst that. Die Art und Weise, wie er dabei vorging, mag nun nicht ganz korrekt gewesen sein und zugegeben werden, daß besser hätte geholfen werden können. So wäre es wohl richtiger gewesen, *vor* das Pferd zu treten und es vorzuführen. Allein es darf in Verhältnissen, wie sie hier vorlagen, vom Arbeiter nicht ein allzu großes Maaß von Vorsicht und Ueberlegung gefordert, speziell dürfen gewiß nicht strengere Anforderungen gestellt werden, als es nach den Bundesgesetzen betreffend die Haftpflicht aus Fabrik- und Gewerbebetrieb zulässig wäre, welche Gesetze auch nur deßwegen hier nicht zur Anwendung gelangen, weil die Ausdehnung der Haftpflicht auf die gefährlicheren Gewerbe (z. B. auch Baugewerbe und Fuhrhalterei) zur Zeit der Verletzung Breinlingers Gesetzeskraft noch nicht erlangt hatte. Die Manier, die Kläger hier beobachtet hat, um das Pferd zum Vortreten zu veranlassen, wird sogar von Fuhrleuten oft beobachtet und kann nicht durchweg als eine unvorsichtige und ungehörige Behandlung von Pferden bezeichnet werden. Gewiß hatte auch *der Kläger* vorher schon manigfach gesehen, daß Pferde ohne die geringste Gefährde, sowie er es versuchte, ein wenig angetrieben worden sind, unter diesen Umständen aber und da er das Pferd nicht als ein gefährliches kannte, kann gewiß nicht gesagt werden, daß er an die Gefahr einer Verletzung habe denken müssen.

Ein zweiter Standpunkt der Beklagten ist der, es müsse die Frage der Haftpflicht deßwegen verneint werden, weil alle erforderliche Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung des Thieres angewendet worden sei. Allein auch dieser Behauptung kann nicht beigetreten werden. Es ist vielmehr vom Fuhrknecht der Beklagten, für den diese einzustehen haben, ein Fehler begangen worden. Die Belästigung der Pferde durch Bremsen und das ungeberdige Benehmen des Vorderpferdes hätten Veranlassung dazu geben sollen, die Pferde ent-

weder vom Wagen zu entfernen oder, — wenn möglich, — sie so zu stellen, daß sie das Abladen und Entfernen der Holzstücke vom Wagen nicht hindern konnten. Das Belassen der unruhigen und gereizten Pferde am Wagen war nicht nur dadurch gefährlich, daß eines der Pferde so, wie es geschehen ist, zurücktreten und ausschlagen konnte, sondern auch dadurch, daß die Pferde plötzlich vorwärts gehen und die mit Abladen beschäftigten Personen durch Ueberfahren und Herunterwerfen gefährden konnten. Angenommen aber schließlich, man sollte finden, daß diese Forderung im Allgemeinen eine zu weitgehende sei, so ist nicht zu übersehen, daß in concreto mit Bezug auf dasjenige Pferd, welches die Schädigung verursacht hat, behauptet und wenigstens bis zu einer gewissen Wahrscheinlichheit erbracht worden ist, dasselbe sei ein „Schläger", also wider die sonstige Natur des Pferdegeschlechtes geneigt, ohne oder auf die minimste Veranlassung auszuschlagen. Jene Wahrscheinlichkeit ist in den Akten dadurch hergestellt, daß der Fuhrknecht der Beklagten, Fritz Wenger, unmittelbar nach dem Ausschlagen des Pferdes dem Kläger vom Wagen herab zugerufen haben soll: „Gebt Acht, das Pferd schlägt gerne aus!"; ferner dadurch, daß ein zweiter Knecht von Baur und Nabholz kurze Zeit nach der Verletzung Breinlingers zu den Arbeitern der Inprägnieranstalt gesagt haben soll, das fragliche Pferd sei ein „Chaib", es habe schon den eigenen Herrn geschlagen. Die bezüglichen Erhebungen sind allerdings keine gerichtlichen, vielmehr von einem Nordostbahnbeamten besorgte Einvernahmen. Bei solcher Sachlage aber und da für die Klagebehauptung auch die Thatsache spricht, daß das Pferd unter bewandten Umständen überhaupt ausgeschlagen hat, hätte es nach Art. 65 des O.-R. den Besitzern des schädigenden Pferdes obgelegen, mit Bezug auf dieses speziell darzuthun und zu beweisen, daß eine größere Sorgfalt in der Beaufsichtigung als die angewendete nicht geboten gewesen, daß also die Behauptung, das Pferd habe schon oft ausgeschlagen, sei ein „Schläger", eine grundlose sei. Eine derartige Auslegung des Art. 65 mit Bezug auf die Beweislast ist nach dem innern Grunde dieser Gesetzesvorschrift um so nothwendiger, als die durch irgend ein Hausthier verletzten Personen meistens dessen Charakter gar nicht kennen und dessen allfällige Bösartigkeit nicht werden beweisen können. Nun haben aber Baur und Nabholz den erwähnten Beweis durchaus nicht erbracht, denn es genügt selbstverständlich nicht, wenn ihr Knecht Fritz Wenger deponirt, das betreffende Pferd sei sonst ganz ungefährlich.

Damit ist die prinzipielle Haftpflicht der Beklagten festgestellt, für diesen Fall aber haben sie die beiden ersten Klageposten von zusammen 144 Fr. anerkannt und ist somit nur zu untersuchen, ob und welcher Betrag für die behauptete weitere Verminderung der Arbeitsfähigkeit ausgesetzt werden müsse. Nach dem Ausspruch des Experten hätte der Kläger für einige Zeit noch bei strenger Arbeit eine geringere Leistungsfähigkeit. Nun stützt sich dieser Ausspruch allerdings nicht auf eigene Beobachtungen des Experten, sondern nur auf Mittheilungen des Klägers selbst, allein gleichwohl wäre die Annahme, daß der Beweis für eine verminderte Leistungsfähigkeit nicht genügend geleistet sei, unrichtig, wenn berücksichtigt wird, daß der Experte denn doch sagt, es werden die Angaben des Klägers durch die körperliche Untersuchung nicht widerlegt und seien durchaus glaubhaft. Wichtig kann indeß die Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit des Klägers nicht sein; nimmt man ein geringes Maß an und berücksichtigt einerseits, daß die Einschränkung schon seit dem 24. August 1887 angedauert hat und noch für einige Zeit fortdauert und anderseits, daß der Kläger von einer etwelchen Unvorsichtigkeit nicht freizusprechen ist, so erscheint eine Entschädigung von 100 Fr. angemessen.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. Juli 1888. VII. Band. № 13.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter“ erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil
des
Handelsgerichtes Zürich
vom 25. Mai 1888
in Sachen
der Konkursmasse des *Joseph Anton Schildknecht sel.*, gewesenen Käsehändlers in Mooshub, Gemeinde Waldkirch, Ktn. St. Gallen, Klägerin,
gegen
Oskar Huber, Käsehändler in Winterthur, Beklagten,
sowie
Jakob Aebi, Käsehändler in Gossau, Kt. St. Gallen, Litisdenunziaten des Beklagten,
betr. Forderung aus Kauf.

Compensation im Konkurs (Art. 137 des O.-R.). Bedeutung und Tragweite des hier vorgesehenen freien richterlichen Ermessens. Frage nach dem Vorhandensein der fraudulösen Absicht.

Streitfrage:

„Ob der Beklagte nicht verpflichtet sei, an Klägerin Frkn. 11,864. 71 Cts. sammt Zins à 5 % vom 2. Februar 1888 an gerechnet, einzubezahlen?“

Thatsächliches:

A. Laut Kaufvertrag vom 23. Juli 1887 verkaufte der Käser Joseph Anton Schildknecht in Mooshub dem Beklagten, welcher in Winterthur eine Käsehandlung en gros betreibt, von seinen diesjährigen fetten Käsen zu Mooshub 365 Stück, producirt bezw. erst zu produziren vom 1. Mai bis 31. Oktober 1887 zum Preise vom Fr. 148 per 100 Kilos mit 6 % Ausgewicht, franko nach Hauptwil in gutem Zustande geliefert, einzuwiegen: Maikäse im September; Juni, Juli und 20 Stück vom August, wenn offen Ende Oktober; Rest August-September auf 1. Januar 1888; Oktoberkäse im Februar 1888.

Die Zahlung hatte zu geschehen:

Für die beiden ersten Lieferungen auf 5. November, für die beiden andern Lieferungen auf Lichtmeß 1888. Endlich war noch ein Trinkgeld von Fr. 100 vereinbart.

Dieser Kauf war vermittelt worden durch Jakob Aebi in Gossau, welcher für verschiedene Käsehändler en gros, u. A. auch für die Firma J. M. Schnetzer in Kempten (Bayern) die Einkäufe in der Ostschweiz besorgte. Noch am Tage zuvor, den 22. Juli 1887 hatte Aebi dem Huber geschrieben:

. . . „Was das weitere, die Mulcheneinkäufe „anbelangt, so haben Sie doch nur keine Angst, „daß ich nicht für Ihren Bedarf sorgen werde.

„Sollte auch dieser Tage die Jagd hitzig los-„gehen, so behaltet nur kaltes Blut, denn ohne „meine Einwilligung können nicht alle Käser „verkaufen, weil ich ihnen theils für die „Milch, theils für Geld für die jeweiligen „Milchzahlungen bürge. In ähnlichem Ver-„hältniß steht, wie ich vermuthe, auch Zwicker „zu den HH. Gebr. Mauerhofer in St. Gallen, „weshalb auf dieses Mulchen nicht zu rech-„nen ist, da Zwicker das seinige diesen „Herren zu kaufen geben wird, hiegegen „bleibt Ihnen unter allen Umständen das „schöne Doppel-Mulchen von Schildknecht in „Mooshub gesichert. Ohne meine Erlaubniß „oder Einwilligung darf Schildknecht seine „Mulchen an Niemand anders verkaufen, als „an Herrn Schnetzer, oder durch mich an „einen Händler, den ich ihm anweise. „Warum? Weil ich dem Schildknecht schon „seit Jahren zu seinen jeweiligen Milchzah-„lungen mit Geld behülflich sein muß. Zu „diesem Zwecke gibt mir Schildknecht Sola-„wechsel, die an verschiedene Banken ab-„gegeben und diesen diskontirt werden. Zu „dieser meiner Sicherheit muß also Schild-„knecht mir seine Käse zu kaufen geben, „oder wenn sie ohne meine Einwilligung an „Jemand anders verkauft werden, müssen die „Zahlungen an mich gehen. So hielten wir „es immer mit Herren Schnetzer und muß es „auch so mit Ihnen gehen. Schildknecht hat „sich so gegenüber mir verpflichtet und thut „es auch bereitwilligst, um so lieber noch, „da ich für meine Gefälligkeit nicht das ge-„ringste Interesse habe, als mich vor allfälli-„gem Verlust zu sichern. . . . . Sie haben „also nur auf den richtigen Preis Bedacht „zu nehmen und dafür zu sorgen, daß die „Geldsendungen durch mich gehen.“

B. Laut Faktur vom 29. Oktober 1887 bezog der Beklagte von Schildknecht bis zu diesem Tage:

170 Laibe Käse vom Mai (5. August) zusammen wiegend	Kilo 13,129
davon ab 6 % Ausgewicht	„ 788
bleiben	Kilo 12,341

à Fr. 148. — = Fr. 18,264. 70 Cts.

Am Fusse der Rechnung findet sich die Notiz:

„Zahlbar:

Fr.	3000. —	am 12. September erhalten,
„	27. 80	Zins hievon bis 5. November,
„	15236. 90	auf 5. November a. c.
Fr.	18264. 70.“	

Eine Anfangs September 1887 gemachte Lieferung von 60 Laiben Käse hatte dem Beklagten zu einer Reklamation Veranlaßung gegeben; derselbe beschwert sich in einem Briefe vom 7. September 1887 darüber, daß die Käse in einem nicht ganz guten Zustande angekommen seien; circa 10 Stücke seien mehr oder weniger gespalten; man behalte sich vor, auf diesen Gegenstand zurückzukommen.

Mit Quittung vom 4. November 1887 bescheinigte J. A. Schildknecht von Oskar Huber *per Saldo* der demselben gelieferten Stücke 170 diesjähriger Sommerkäse Mai/6. August a. c. Fr. 15,236. 90 in Baar empfangen zu haben. Daraufhin reklamirte Aebi am 6. November brieflich, weßhalb Huber das Geld für die Sommerkäse direkt an Schildknecht geschickt habe, statt wie verabredet an ihn (Aebi). Er schreibt dort: . . . „Schildknecht war ja damit einverstanden und hielten wir es immer auch mit Herrn Schnetzer so. Anders würde ich die Wechsel nie unterschrieben haben, als mich, wie wir übereingekommen sind, sicher zu stellen. Wenn ich den Käsern helfe, daß sie Geld bekommen, um ihre Milch auf den Zahltag prompt aushinzahlen zu können und dafür nichts, rein nichts habe, so will ich doch wenigstens gesichert sein und für diese Sicherheit soll eben das Käsgeld mir zukommen und nicht dem Schildknecht, wie ich Ihnen das deutlich genug gesagt habe. So habe ich es mit Ihnen abgemacht und wenn es nicht im Vertrag steht, so muß es noch hinein, wenigstens für die zweite Zahlung auf Lichtmeß, denn auf diese Zeit sind auch die Wechsel fällig und müssen bezahlt werden.

C. Am 11. November 1887 starb Schildknecht ganz plötzlich in Folge eines Schlaganfalles. Derselbe hatte kurz vor seinem Tode noch 3 Eigenwechsel an die Ordre des J. Aebi in Gossau ausgestellt, wovon:

der 1. d. 22. Oktober 1887 im Betrage

von 2500 Fr., zahlbar per 22. Januar 1888 bei der Schweizer Volksbank, Filiale St. Gallen;

der 2. d. 29. Oktober 1887 im Betrage von Fr. 4000, zahlbar per 29. Januar 1888 bei der Eidgenössischen Bank, St. Gallen;

der 3. d. 5. November 1887 im Betrage von Fr. 5000 per 4. Februar 1888 bei Mandry & Dorn in St. Gallen.

Diese Wechsel waren vom Wechselnehmer Aebi an die betreffenden Banken indossirt worden.

D. Nachdem am 19. November 1887 über den Nachlaß des Schildknecht ein waisenamtliches Inventar aufgenommen worden war, welches ein Defizit von über Fr. 30,000 ergab, obschon die Passiven noch nicht vollständig ermittelt waren, wurde das Beneficium inventarii bewilligt; die Anmeldungsfrist ging am 19. Dezember 1887 zu Ende. Am 23. Dezember 1887 wurde über den Nachlaß Schildknechts der Konkurs eröffnet. In denselben meldete der Beklagte am 14. Januar 1888 an:

1. *als Debitor*:

Fr. Cts.		Kilo netto
5498. 20	für Stück 48 Augustkäse	3715
5754. 25	„ „ 48 Septemberkäse	3888
	Ferner unter Vorbehalt richtiger Ablieferung:	
3491. 30	für Stück 30 Oktoberkäse	2359
14743. 75		9962

2. *als Creditor*:

Mittelst Cession von der Eidgenössischen Bank in St. Gallen seien an ihn übergegangen: 1 Solawechsel von J. A. Schildknecht, betragend

Fr. 4000 per 29. Januar 1888 zahlbar bei der Eidgen. Bank in St. Gallen,

und von J. Aebi, Landwirth in Gossau: 2 Solawechsel von J. A. Schildknecht, betragend

„ 2500 per 22. Januar zahlbar bei der Schweizer. Volksbank, Filiale St. Gallen,

„ 5000 per 4. Februar zahlbar bei Mandry & Dorn in St. Gallen.

Fr. 11500, welche Summe er sich erlaube mit obigen Beträgen zu verrechnen, eventuell selbständig in der Masse geltend zu machen.

J. Aebi in Gossau machte in den Konkurs folgende „Ediktaleingabe", datirt 16. Januar 1888:

„per Wechselgiro per 22. Januar 1888 Fr. 2500
„ dito „ 29. „ „ „ 4000
„ dito „ 4. Februar „ „ 5000

„Von obigen Wechseln habe ich denjenigen „von Fr. 4000 an die eidgen. Bank, Comptoir „St. Gallen, abgetreten; er befindet sich in „Circulation.

„Die zwei andern habe ich an Oskar Huber „in Winterthur abgetreten. Er wird dieselben geltend machen.

„Für alle Fälle verwahrt aber der Unter„zeichnete seine Rechte für Hauptforderung „und Zinse auf die Masse."

E. Mittelst Zuschrift der Bezirksgerichtskanzlei Gossau vom 25. Januar d. J. wurde dem Beklagten eröffnet, daß die Konkurskommission des Bezirkes Gossau als Vertreterin der Konkursmasse Schildknecht, beschlossen habe, die Verrechnung seiner Schuld mit den Wechselforderungen von Fr. 5000, Er. 2500 und Fr. 4000 nicht zu anerkennen in dem Sinne, daß wenn von ihm nicht bis 2. Februar gegen diese Schlußnahme weitere Rechtsmittel angerufen und ausgewirkt werden, dieselbe als genehmigt gelte.

Der Beklagte protestirte mit Schreiben vom 31. Januar d. Js. gegen diese Schlußnahme und erklärte, er gewärtige mit aller Beruhigung diejenigen Schritte, welche die Konkursmasse ihm gegenüber zur Geltendmachung von Rechtsansprüchen für zweckmäßig erachte.

In Folge dessen wurde gegen den Beklagten der Rechtstrieb angehoben, worauf Rechtsvorschlag erfolgte; so kam es zum Prozeß.

F. Die in der Weisung geforderte Summe von *Fr. 11,864. 71 Cts.* ergibt sich aus folgender Zusammenstellung:

	Fr. Cts.
Käslieferungen bis 29. Okt. 1887 für	18,264. 70
„ vom 23. Nov. „ „	5,498. 20
„ „ 9. Dez. „ „	5,754. 24
„ „ 13. Jan. 1888 „	3,491. 32
	33,008. 46
dazu das Trinkgeld von	100. —
	33,108. 46

	Fr. Cts.
	33,108. 46
Davon ab die von der Klägerin anerkannten Zahlungen des Beklagten:	
a) auf Rechnung der Bezüge bis 29. Oktober 1887 — Fr. Cts. 18000. —	
b) vom 6. Februar 1888 — 3243. 75	21,243. 75
	11,864. 71

Thatsächlich setzt sich diese Summe aus folgenden drei Posten zusammen:

1. Fr. 100. — Betrag des dem Schildknecht vertraglich zugesicherten Trinkgeldes, welches der Beklagte laut Erklärung seines Vertreters in der Referentenaudienz der Konkursmasse zu schulden anerkennt.
2. Fr. 264. 70 Differenz auf der Rechnung vom 29. Oktober 1887. Der Beklagte behauptet, es sei ihm dieser Betrag auf seine Reklamation wegen mangelhafter Qualität eines Theils der gelieferten Käse und wegen Gewichtsmanco von Schildknecht nachgelassen worden und er beruft sich für diese Thatsache auf die ihm ertheilte Quittung von Fr. 15,236. 90 *per Saldo* der gelieferten 170 Stück Sommerkäse vom Mai/August 1887 (Fact. B.).
3. Fr. 11500. — Restschuld aus den nach dem 29. Oktober 1887 gemachten Käselieferungen, mit welcher der Beklagte seine Gegenforderung aus den 3 Wechseln im gleichen Betrage verrechnen will.

G. Die Klägerin bestreitet die Zulässigkeit der Verrechnung gestützt auf Art. 137 des O.-R., indem sie zur Begründung ihres Standpunktes anführen läßt:

Diese 3 Wechsel, welche von Aebi aus Gefälligkeit und um die Papiere diskontirfähig zu machen, girirt worden seien, habe der Beklagte Huber nach dem Tode des Schildknecht und als die Insolvenz der Verlassenschaft desselben bereits offenkundig gewesen sei, auf Antrieb des Aebi, welcher als Indossant befürchtet habe, die Wechsel einlösen zu müssen, unter folgenden Verumständungen an sich gebracht.

Der Wechsel von Fr. 2500 sei von der Volksbank an die Appenzell A.-Rh. Kantonalbank weiter begeben worden. Auf Ansuchen des J. Aebi und des Beklagten, welcher sich zu diesem Zwecke Mittwochs den 7. Dezember 1887 persönlich im Comptoir der Volksbank in St. Gallen vorgestellt, habe dann die Volksbank den Wechsel gleichen Tages von der Appenzell A.-Rh. Kantonalbank wieder zurückgezogen und ihn dem Beklagten Huber resp. dem J. Aebi überlassen, der ihn dann an erstern girirt habe.

Der Wechsel von Fr. 4000 sei von der Eidgen. Bank an die Versicherungsgesellschaft „Helvetia" begeben und dann am 5. Dezember auf Ansuchen von Aebi und Huber bei der „Helvetia" rückdiskontirt und an den Beklagten begeben worden.

Der Wechsel von Fr. 5000, welcher von Mandry & Dorn am 16. November an die Bank in St. Gallen begeben worden, sei am 26. gl. Mts. von Erstern auf Ansuchen des Aebi und Huber bei der genannten Bank zurückgezogen worden; am 4. oder 5. Dezember habe Letzterer den Wechsel persönlich in Empfang nehmen wollen, er sei ihm dann per Post zugesandt worden.

Dem Beklagten wie auch dem J. Aebi sei der insolvente Zustand der Schildknecht'schen Verlassenschaft sehr wohl bekannt gewesen. Dies ergebe sich schon aus den außerordentlichen Anstrengungen, welche gemacht worden seien, um Huber in den Besitz der Wechsel zu setzen und so die Compensation zu bewirken; es könne aber für jenes Wissen ein direkter Beweis geleistet werden. Am 23. November 1887 habe in Waldkirch zwischen Huber und Aebi einerseits und dem Gemeindammann sowie den Hinterlassenen des Schildknecht anderseits eine Besprechung stattgefunden, wobei der Gemeindammann erklärt habe, der Konkurs sei nicht zu vermeiden; von Aebi sei hierauf bemerkt worden, man sollte den Konkurs zu verhüten

suchen. Für diese Thatsache werde der Beweis anerboten durch den Gemeindammann von Waldkirch, sowie die Wittwe Schildknecht und die Tochter Josepha als Zeugen.

Unter diesen Umständen treffen die Voraussetzungen des Art. 137 des O.-R. vollständig zu. Der Beklagte habe die 3 Wechsel offenbar nur zu dem Zwecke erworben, um Angesichts des bevorstehenden Konkurses über den Aussteller Schildknecht den Giranten Aebi vor der drohenden Gefahr, die Wechsel bezahlen und mit dem Betrage der Einlösungen in die Masse treten zu müssen, zu bewahren d. h. die Konkursmasse Schildknecht um ihre correspondirende Forderungsansprache an ihn — den Beklagten — zu beeinträchtigen. Die Fr. 11,500, welche der Beklagte der Konkursmasse Schildknecht zu bezahlen gehabt hätte, habe er im Vortheil des J. Aebi zur Einlösung der von diesem garantirten Wechsel verwendet, womit zugleich auch auf dem Wege der Compensation seine Schuld gegenüber der Masse habe getilgt werden sollen.

H. Der Vertreter des Beklagten beantragt Verwerfung der Klage bis auf den anerkannten Betrag von Fr. 100, indem er auf die Klage erwiedert:

Der Litisdenunziat J. Aebi, schon lange mit dem Käsehandel vertraut und ein in landwirthschaftlichen Kreisen geachteter Mann, sei den Käsern für ihre Fortexistenz behülflich, wo und wie er könne. Einer seiner Hauptlieferanten sei der Käser Schildknecht in Mooshub gewesen. Dieser habe Jahre lang durch Vermittlung des Aebi die von ihm fabrizirten Käse an die Firma J. M. Schnetzer in Kempten verkauft und es sei dabei folgender modus vivendi beobachtet worden:

Da die Käseabnehmer in der Regel die Käse eines halben Jahres kaufen und die Lieferungen erst am Ende der Bezugsfrist bezahlen müssen, pflegen die Käser, wenn sie nicht über große Mittel verfügen, wegen des für die vierteljährlichen Milchzahlungen benöthigten Geldes in Verlegenheit zu kommen. Aebi habe nun dem Schildknecht sowohl wie andern Käsern, vertrauend auf die Solvenz der Abnehmer einer- und die Zuverlässigkeit der Käser anderseits mit Wechselbürgschaften ausgeholfen, wogegen ihm das Recht eingeräumt worden sei, das Geld für die Käselieferungen bis auf den Betrag der eingegangenen Wechselverbindlichkeiten von dem Abnehmer zu beziehen. Zu diesem Behufe habe sich Aebi jeweilen eine Abtretung ausstellen lassen. Für diese Art des Verkehres speziell zwischen Schildknecht, Aebi und Schnetzer werde Beweis anerboten und hiefür zunächst auf zwei schriftliche Zeugnisse von Schnetzer und Mandry & Dorn in St. Gallen verwiesen.

Im Juli 1887 habe sich Aebi, welcher vom Beklagten den Auftrag erhalten, wo immer möglich ein „Mulchen“ (Käseproduktion eines ganzen oder halben Jahres) für ihn einzukaufen, zu Schildknecht begeben und demselben eröffnet, er wisse ihm einen Käufer für seinen Sommerkäse und wolle ihm behufs Beschaffung des Milchgeldes Bürgschaft leisten gegen Abtretung des Guthabens an den Abnehmer bis auf denjenigen Betrag, welcher zur Einlösung der zu verbürgenden Wechsel erforderlich sei. — Nach dieser Vorbesprechung seien Schildknecht, Huber und Aebi am 23. Juli 1887 in der „Ochsenhalle“ in St. Gallen zusammengekommen und haben daselbst den Kaufvertrag abgeschlossen. Aebi habe nun verlangt, daß Schildknecht ihm eine Abtretung gebe, wie solche jeweilen bei Verträgen mit Schnetzer gebräuchlich gewesen sei. Schildknecht habe darauf eine Erklärung ausgestellt, dahin gehend, daß er sein Guthaben an Huber dem Aebi abtrete und an ihn anweise bis auf den Betrag der Wechselbürgschaften, in der Meinung also, daß Aebi sein Betreffniß bei Fälligkeit der Kaufschuld einkassiren könne. Hievon sei dem Huber sofort Kenntniß gegeben worden. Für diesen Vorgang werde ebenfalls der Beweis anerboten durch Valentin Zwicker, Käser in Thal, der bei der Unterredung zugegen gewesen sei und von welchem bereits ein schriftliches Zeugniß vorliege.

Nach dem plötzlich erfolgten Tode des Schildknecht habe sich Aebi erkundigt, wie es mit dem Nachlaß des Schildknecht stehe und es sei ihm, wofür Beweis offerirt werde, vom Gemeindammann erklärt worden, daß nichts verloren gehe, daß es aber sehr lange dauern könne, bis diese weitschichtige Liquidation beendigt sei. Dem Aebi sei nun in

Aussicht gestanden, die Wechsel einlösen und die lange Liquidation abwarten zu müssen, bis für ihn aus dem Nachlaß etwas erhältlich sei. Er habe sich nun gefragt, was zu thun sei. Im September 1887 sei ihm nämlich auf einer amtlichen Inspektionsreise über die Käsereien im Kanton Aargau seine Brieftasche mit Inhalt, worunter auch die Abtretungsscheine des Schildknecht auf Schnetzer und Huber abhanden gekommen; hievon habe er seinem damaligen Begleiter, R. Müller in Hirschthal, sowie der Polizei sofort Mittheilung gemacht; die Brieftasche sei aber trotz erfolgter Ausschreibung nicht wieder zum Vorschein gekommen.

Durch die Ausschreibung des Beneficium inventarii über den Nachlaß Schildknecht aus seiner Lethargie aufgeweckt, habe Aebi dem Huber geschrieben, er möchte nach St. Gallen kommen und mit ihm berathen, was zu thun sei. Man habe dann den Fürsprech Scherrer in St. Gallen consultirt, welcher dem Aebi den Rath ertheilt habe: Verschaffen Sie sich die Wechsel und treten Sie dieselben dem Huber ab, dann brauchen Sie die Abtretung nicht! Aebi habe diesen Rath befolgt am 6. Dezember 1887, den Wechsel von Fr. 5000 bei Mandry & Dorn und denjenigen von Fr. 2500 bei der Volksbank zurückgezogen und an den Beklagten girirt. Der Wechsel von Fr. 4000 habe diesen Weg nicht eingeschlagen, sondern es sei derselbe in aller Ordnung von der Eidgen. Bank an die Ordre O. Huber weiter begeben worden. Bestritten werde, daß der Beklagte beim Erwerb der Wechsel von der Zahlungsunfähigkeit der Verlassenschaft des Schildknecht Kenntniß gehabt habe. Derselbe sei erst am 18. November 1887 durch einen Brief des Joh. Urban, Käsers bei Schildknecht, von dem Tode des Letztern unterrichtet worden; er habe sich dann allerdings nach Mooshub begeben, aber nicht um eines allfälligen Konkurses willen, sondern um für seine Käse zu sorgen. Unrichtig sei, daß damals die Eventualität eines Konkurses besprochen worden sei; es sei nur von einer langwierigen Liquidation die Rede gewesen.

Es fehle auch das weitere Erforderniß zur Anfechtung der Verrechnung auf Grund des Art. 137 des O.-R., nämlich die Absicht, sich oder einem andern einen Vortheil zur Beeinträchtigung der Masse zuzuwenden. Der Beklagte habe es für seine Pflicht erachtet, dem Aebi in dieser Weise zu helfen, weil er eben von der Abtretung Kenntniß gehabt und gewußt habe, daß Aebi nur in der Meinung, daß er bis auf den Betrag der Wechselbürgschaften das Guthaben an Huber einkassiren könne, dem Schildknecht beigestanden sei; er habe nicht gewollt, daß Aebi um des verlornen Abtretungsscheines willen das Risiko einer lange andauernden Liquidation tragen müsse. Von einer Beeinträchtigung der Masse könne nicht gesprochen werden, weil Aebi ja das Guthaben an Huber bis auf den Betrag der Wechsel im Konkurse hätte vindiciren können; daß nun dieser einfachere Weg eingeschlagen worden sei, dürfe dem Aebi nicht zum Schaden gereichen.

Berücksichtige man endlich den engen Zusammenhang zwischen Schuld und Forderung — das Guthaben des Schildknecht an Huber wäre ja ohne die von Aebi verbürgten Wechsel gar nicht entstanden — so dürfe der Richter, möge er im Uebrigen die Voraussetzungen des Art. 137 als vorhanden betrachten oder nicht, von seinem freien Ermessen Gebrauch machen und die Verrechnung schützen. Eventuell sei letztere jedenfalls nicht anfechtbar mit Bezug auf den Wechsel von Fr. 4000, welcher im ordentlichen Wechsellauf an den Beklagten gelangt sei.

I. In der Replik wurde die Darstellung des Beklagten, daß Schildknecht sein Guthaben an Huber dem Aebi abgetreten habe, in Widerspruch gesetzt und ausgeführt, es sei von Seite des Aebi und Huber gar nichts geschehen, um diese Abtretung wahr zu machen. Ersterer habe nie versucht, das Guthaben beim Beklagten einzuziehen, dieser habe vielmehr seine Zahlungen an Schildknecht geleistet. Wenn aber eine Abtretung erfolgt wäre, so hätte Aebi dieselbe im Konkurse geltend machen können und sollen und es würde dann der Wechselmanipulation nicht bedurft haben.

Entscheidungsgründe:

1. Es besteht kein Streit darüber, daß der Beklagte auf Grund eines unterm 23. Juli

1887 mit Jos. Anton Schildknecht zu Moosbub-Waldkirch, Kt. St. Gallen, abgeschlossenen Kaufvertrages theils von diesem selbst, theils aus dessen Nachlaß 22,303 Kilo Käse geliefert erhalten hat und dafür einschließlich eines Trinkgeldes von 100 Fr. 33,108 Fr. 45 Rp. schuldig geworden ist. Die Klägerin anerkennt, daß an diese Schuldsumme 21,243 Fr. 45 Rp. bezahlt worden sind und schreibt diesen Betrag dem Beklagten gut. Der Letztere verlangt nun aber darüber hinaus noch die Gutschrift weiterer 264 Fr. 70 mit der Behauptung, daß Schildknecht ihm diesen Betrag an seine erste Faktur vom 29. Oktober 1887 im Gesammtbetrage von 18,264 Fr. 70 Rp. wegen theilweise qualitativ mangelhafter Lieferung und wegen Gewichtsmanco nachgelassen habe und dieser Standpunkt ist ein durchaus begründeter. Die erwähnte Faktur selbst enthält die Notiz des Ausstellers, daß am 12. September 1887 bereits 3000 Fr. bezahlt worden seien, daß dem Beklagten, weil er erst am 5. November, als dem vertraglich vorgesehenen Fälligkeitstermin zu bezahlen verpflichtet gewesen wäre, der Zins von diesen 3000 Fr. vom 12. September bis 5. November 1887 mit 27 Fr. 80 gutgeschrieben werde und daß derselbe demnach am letztgenannten Tage noch 15,236 Fr. 90 zu bezahlen habe. Die Frage kann demnach nur die sein, ob nun diese Summe bezahlt, beziehungsweise vom Gläubiger als bezahlt anerkannt worden sei und das letztere ist der Fall. Die Zahlung von 15,000 Fr. ist gar nicht bestritten und bezüglich der 236 Fr. hat sich Schildknecht in rechtsverbindlicher Weise als befriedigt erklärt dadurch, daß er den Beklagten am 4. November 1887 nicht nur für die empfangenen 15,000 Fr., sondern für den ganzen Facturarest von *15,236 Fr. 90 Rp.* quittirt und dabei, — was nach dem Gesagten gar nicht nothwendig gewesen wäre, — noch beigefügt hat: „per Saldo der demselben gelieferten 170 Stück (gleich der in der Faktur vom 29. Oktober 1887 genannten Zahl). dießjährigen Sommerkäse vom Mai/5. August (Lieferzeit, wie sie wiederum in der genannten Faktur angegeben ist). Der Reklamationsbrief des Beklagten vom 7. September 1887 gibt zum Ueberfluß genügende Aufklärung über die Ursache jener Quittirung des Schildknecht, er zeigt, daß dieselbe in der That in einer kleinen Rabattgewährung wegen nicht ganz vertragsconformer Lieferung liegt, womit neuerdings bestätigt ist, daß die Quittirung per Saldo eine durchaus bewußte, gewollte und auch innerlich gerechfertigte war. Hienach muß der dem Beklagten gutzuschreibende Betrag auf die Summe von 21,508 Fr. 45 Rp. fixirt werden und bleibt somit nach Abzug dieses Betrages von der 33,108 Fr. 45 ausmachenden Gesammtschuldsumme noch ein Schuldrest von 11,600 Fr.

2. An die letztgenannte Summe von 11,600 Fr. anerkennt nun aber der Beklagte, bloß 100 Fr. als Betrag des s. Z. dem Schildknecht versprochenen Trinkgeldes zahlen zu müssen, verweigert dagegen die Bezahlung der weitern 11,500 Fr. mit der Behauptung, daß ihm eine gleich große Gegenforderung an Schildknecht beziehungsweise an die im Konkurs befindliche Erbsmasse desselben zustehe, mit der er zu compensiren befugt sei.

3. Bezüglich dieser Compensationseinrede steht fest, daß der Beklagte am 26. November und 5. Dezember 1887 vom Litisdenunziaten Aebi und von der eidgenössischen Bank, Filiale St. Gallen, 3 von Schildknecht ausgestellte Eigenwechsel im Gesammtbetrage von 11,500 Fr. erworben hat und somit in diesem Betrage aus Eigenwechselversprechen Gläubiger des letztern geworden ist. Die allgemeinen Voraussetzungen der Compensation, Gegenseitigkeit der Gläubiger- und Schuldnerqualität in den Personen der heutigen Parteien und Fälligkeit und Gleichartigkeit der beiden Forderungen sind nun unzweifelhaft vorhanden und damit ist das Fundament für die Compensationseinrede an sich gegeben. Die Berufung der Klägerin auf den Art. 137 des O.-R., nach welchem die Verrechnung trotz des Vorhandenseins der allgemeinen Requisite derselben im Konkurse des Schuldners der an sich compensabeln Gegenforderung unter gewissen Voraussetzungen angefochten werden kann, stellt sich deßhalb prozessualisch als eine der Compensationseinrede entgegengestellte Replik dar, deren thatsächliches Fundament von ihr nachzuweisen ist.

4. Der Schlußsatz des Art. 137: „Der

Richter entscheidet darüber unter Würdigung der Umstände nach freiem Ermessen" hat kaum den Sinn, den ihm der Beklagte beilegt, daß der Richter auch dann, wenn er die Voraussetzungen der genannten Gesetzesstelle als feststehend ansieht, die Anfechtung der Verrechnung immer noch nach freiem Ermessen entweder gutheißen oder verwerfen könne. Vielmehr ist davon auszugehen, daß der Richter die Verrechnung in diesem Falle nicht zulassen dürfe und sein freies Ermessen: „unter Würdigung der Umstände" sich auf die Beweisfrage nach dem Vorhandensein der zur Anfechtung erforderlichen Requisite, namentlich der fraudulösen Absicht beschränkt. Es lag gewiß im Willen des Gesetzgebers, daß wenn der Schuldner, welcher die Verrechnung mit einer erworbenen Forderung verlangt im Zeitpunkte des Erwerbs die Zahlungsunfähigkeit seines Gläubigers kannte und das einzige Motiv beim Erwerb die Schädigung der Konkursmasse zu eigenem oder fremden Vortheil war, mit der Compensationseinrede schlechthin ausgeschlossen sein soll, dagegen hatte es einen sehr guten Sinn das freie richterliche Ermessen bezüglich der Frage, ob die Voraussetzungen der Anfechtung vorhanden seien oder nicht, ausdrücklich zu wahren, damit der Zweck des Gesetzes nicht etwa durch Herbeiziehung kantonaler prozeßrechtlicher Beweisnormen vereitelt werden könne und weil die Untersuchung nach dem Vorhandensein der einem Rechtsgeschäfte zu Grunde liegenden Absicht ohnehin der Natur der Sache nach nur bei völlig freier richterlicher Würdigung aller Umstände zu einem richtigen und befriedigenden Resultat führen kann.

5. Hienach ist einfach zu untersuchen, ob die Voraussetzungen des Art. 137 des O.-R. in concreto zutreffen oder nicht und bejahenfalls die Verrechnung auszuschliessen, verneinendenfalls aber gutzuheißen.

6. Es kann nun dahin gestellt bleiben, ob der Beklagte, als er die Eigenwechsel im Gesammtbetrage von 11,500 Frkn. auf seinen Gläubiger erwarb, die Insolvenz seines Nachlasses kannte oder nicht, denn wenn dieß [illegible]h der Fall gewesen sein sollte, so ist das [illegible]egen unerheblich, weil das Vorhandensein des weitern Requisites, die Absicht des Beklagten, sich oder einem Andern (dem Aebi) durch den Erwerb der Wechselforderungen und deren Verwendung zur Verrechnung einen Vortheil zur Beeinträchtigung der Konkursmasse Schildknecht zuzuwenden, jedenfalls nicht nachgewiesen, sondern gegentheils festgestellt ist, daß das leitende Motiv des Beklagten beim Erwerb der fraglichen Wechsel lediglich das der Erfüllung einer gegenüber Aebi eingegangenen Verpflichtung war. Diese Verpflichtung bestand darin, einen, den Gesammtbetrag der von Aebi für Schildknecht verbürgten Wechselsummen gleichkommenden Betrag seiner Kaufpreisschuld für die Einlösung der verbürgten Wechsel zu verwenden, um den Aebi vor einem allfälligen Verlust aus den eingegangenen Wechselbürgschaften zu sichern.

7. Es ist durch die Akten festgestellt, daß anläßlich des durch Aebi vermittelten Kaufsabschlusses vom 23. Juli 1887 zwischen dem Beklagten als Käufer und Jos. Anton Schildknecht als Verkäufer vereinbart wurde, es habe Aebi dem Schildknecht die Beschaffung des für die Milchzahlungen pro 1887 erforderlichen Geldes durch Wechselbürgschaften zu ermöglichen und dafür sei der Beklagte Huber angewiesen, so viel von dem schuldigen Kaufpreis als zur Einlösung der verbürgten Wechsel erforderlich sei, nicht an Schildknecht, sondern an Aebi behufs Einlösung dieser Wechsel zu bezahlen oder dann zu diesem Zwecke selbst zu verwenden. Diese Anweisung hat Huber nicht nur gegenüber dem Anweisenden, Schildknecht, sondern auch gegenüber dem Anweisungsempfänger, Aebi, acceptirt. Diese Vereinbarung ergibt sich aus folgenden Thatsachen und Umständen:

a. Aebi ist anerkanntermaßen Vermittler von Kaufgeschäften zwischen einer Reihe von Käsern einer- und Käsehändlern anderseits;

b. in dieser Eigenschaft vermittelte er, — wie klägerischerseits nicht bestritten wurde und übrigens auch aus der Bescheinigung Act No. 26, sowie dem Briefe vom 22. Juli 1887 an den Beklagten hervorgeht, — seit einer Reihe von Jahren auch den Verkauf der Käse des Schildknecht an den Käsehändler J. M. Schnetzer in Kempten (Bayern).

c. J. M. Schnetzer bezeugt und es ist sein Zeugniß nicht angefochten worden und der bereits citirte Brief des Aebi vom 22. Juli 1887 bestätigt es, daß es bei allen diesen Kaufsabschlüssen die allseitig ausgesprochene Meinung hatte, es solle Aebi dem Käseverkäufer Schildknecht die Beschaffung des für die Milchzahlungen erforderlichen Geldes durch Wechselbürgschaft ermöglichen, wogegen sich Schnetzer im Einverständniß des Schildknecht verpflichte, einen den verbürgten Wechseln gleichkommenden Betrag seiner Kaufpreisschuld nicht an den letztern, sondern an Aebi behufs Einlösung jener Wechsel zu bezahlen. Nach dem stillschweigend anerkannten Zeugnisse Schnetzers ist diese Vereinbarung sogar durch eine Cession des dem Schildknecht an Schnetzer zustehenden Guthabens an den Aebi bekräftigt worden.

d. Nach dem Zeugnisse von Mandry & Dorn in St. Gallen, dessen Inhalt klägerischerseits wiederum nicht in Widerspruch gesetzt worden ist, dem bereits erwähnten Zeugniß des Schnetzer und dem oben citirten Brief des Aebi vom 22. Juli 1887 darf das geschilderte Verfahren, jene näher beschriebene Einigung zwischen dem Käseverkäufer, dem Käufer und dem Kaufsvermittler überhaupt ohne alles Bedenken als ein im Käsehandel dieser Art übungsgemäß vorkommendes bezeichnet werden und es hat dasselbe ja auch seine volle innere Berechtigung, weil der erst zu producirende Käs verkauft wird, zur Sicherung der Produktion erforderlich ist, daß eine pünktliche Milchzahlung Seitens des Käsers stattfinde und daraus hervorgeht, daß alle Betheiligten, Käufer wie Verkäufer und Vermittler an dieser letztern Thatsache ein Intereresse haben, denn ohne sie fehlt es an der nöthigen Garantie für die richtige Erfüllung des Kaufvertrages und dieser Mangel würde das Geschäft selbst hindern, womit Niemanden gedient wäre.

e. Diese Thatsachen sind ohne Zweifel geeignet, eine gewisse thatsächliche Vermuthung dafür zu begründen, daß auch beim Milchverkauf vom 23. Juli 1887 Seitens des Schildknecht an den heutigen Beklagten in der üblichen, und allem Anscheine nach speziell auch durch die Verhältnisse des Schildknecht gebotenen Art und Weise pactirt, d. h. verabredet wurde, es sei Aebi dem Verkäufer auch dieß Mal für die Beschaffung des zur Milchzahlung pro Martini 1887 erforderlichen Geldes durch Eingehung von Wechselbürgschaften behülflich und werde dafür gegen die darin liegende Gefahr durch das weitere, namentlich auch vom Beklagten acceptirte Uebereinkommen sicher gestellt, daß die Kaufpreisschuld zur Einlösung der verbürgten Wechsel verwendet werden soll. Der volle Beweis für eine Verabredung dieser Art wird aber gewiß geleistet durch die Briefe Aebis an Huber vom 22. Juli und 6. November 1887. Im erstern setzt Aebi dem Beklagten auseinander, daß Schildknecht seiner Vermittlung zum Käseverkauf absolut bedürfe, weil er seine, in einer langjährigen Geschäftspraxis geübte Unterstützung durch Wechselbürgschaften nicht entbehren könne, dieser Unterstützung aber nur theilhaftig werde, wenn er durch ihn an Jemanden verkaufe, der bereit sei, das Kaufgeld im Betrage der verbürgten Wechsel zu seiner, Aebis Verfügung zu halten, damit die letztern aus demselben bezahlt werden können. Er beruft sich darauf, daß eine Einigung dieses Inhalts bei den Abschlüssen mit Schnetzer in Kempten stets getroffen worden sei und erklärt im Anschlusse daran, daß nun auch der Beklagte, wenn er Käufer sein wolle, einer gleichen Vereinbarung beizustimmen habe. Aebi macht diese Zustimmung des Beklagten zur förmlichen Bedingung seiner Vermittlung, indem er sagt: „und muß es auch so mit Ihnen gehen, Sie haben also nur auf die richtigen Preise Bedacht zu nehmen und *dafür zu sorgen, dass die Geldsendungen durch mich gehen.*“ Indem Huber am folgenden Tage nach St. Gallen ging und den Kauf abschloß, hat er zu erkennen gegeben, daß er mit den Bedingungen, die Aebi an seine Vermittlung geknüpft hatte, einverstanden sei. Von dem letztern sind dann auch die in Frage stehenden Wechsel unterzeichnet worden und dieß kann nach all dem Ausgeführten nur die Folge der mehrgenannten Uebereinkunft gewesen sein. Nachdem Aebi am 5. November 1887 den letzten dieser Wechsel unterzeichnet hatte, vernahm

er, wie sein Brief vom 6. November beweist, von Schildknecht, daß die erste Käsefaktur bereits bezahlt worden sei und sofort wandte er sich mit einer Reklamation an den Beklagten, denselben an die vertragliche Vereinbarung, daß das Käsegeld ihm geschickt werden müsse, erinnernd und von ihm verlangend, daß nun jedenfalls der Rest, soweit nöthig, für die Einlösung der verbürgten Wechsel verwendet werde. Es liegt nicht vor, daß der Beklagte gegen den Inhalt dieses Briefes irgend eine Einwendung erhoben hat; berücksichtigt man aber die gesammten Umstände, so kann sein Stillschweigen nur im Sinne einer Anerkennung ausgelegt werden.

8. Der Beklagte hat behauptet und zum Beweise verstellt, daß Schildknecht sein Kaufpreisguthaben an ihn, dem Aebi im Betrage der einzulösenden Wechsel sogar förmlich abgetreten habe, der Abtretungsschein aber verloren gegangen sei und es enthalten in der That schon die gegenwärtigen Akten verschiedene auf die Richtigkeit dieser Behauptung hinweisende Momente. Unterstellt einmal, dieselbe sei richtig, so ist die Kaufpreisforderung im Betrage von 11,500 Frkn. von Schildknecht auf Aebi übergegangen, jener hat aufgehört, Gläubiger zu sein und ist der letztere an seine Stelle getreten, was selbstverständlich auch zur Folge hatte, daß der Beklagte Schuldner des Aebi geworden ist. Auf Grundlage dieser Sachlage konnte somit der letztere den Anspruch der Klägerin einfach mit dem Hinweis darauf, daß nicht sie, sondern Aebi sein Gläubiger sei, bestreiten, allein das erfolgreiche Betreten dieses Weges hatte zur Voraussetzung den Nachweis der schriftlich beurkundeten Cession. Wenn nun aber der Beklagte und Aebi gefunden haben, es könne der Zweck der erfolgten Cession, bestehend in der Verwendung der 11,500 Fr. zur Einlösung der verbürgten Wechsel auf dem einfachern Wege des Erwerbes dieser Wechsel durch den erstern und deren Verrechnung mit der Konkursmasse Schildknecht erreicht werden, so kann dieses Geschäft, immer vorausgesetzt, die Cession habe bestanden, sicherlich nicht angefochten werden, denn unter dieser Voraussetzung ist die Konkursmasse durch dasselbe überall nicht benachtheiligt worden und konnte dadurch auch gar nicht benachtheiligt werden, woraus von selbst folgt, daß von einer fraudulösen Absicht der Kontrahenten im Sinne des Art. 137 nicht gesprochen werden darf.

9. Nun soll aber nicht davon ausgegangen werden, daß eine wirkliche, namentlich schriftlich beurkundete Cession stattgefunden habe, denn ein rechtsgenügender Beweis ist dafür allerdings zur Zeit nicht geleistet. Auszugehen aber ist davon, daß zwischen dem Beklagten und Aebi die vertragliche, auch von Schildknecht acceptirte Vereinbarung bestanden hat, es habe der erstere den Kaufpreis im Betrage der verbürgten Wechsel an Aebi behufs Einlösung der letztern zu zahlen und der Bestand dieser Vereinbarung genügt vollständig, um das Nichtvorhandensein der fraudulösen Absicht zu dokumentiren. Schildknecht hatte den Beklagten angewiesen, den Kaufpreis im Umfange der verbürgten Wechsel an Aebi zu bezahlen und den letztern ermächtigt, diese Zahlung zu seinem Vortheil in Empfang zu nehmen und nun ist bloß diese Vereinbarung ausgeführt worden, denn dem Effecte nach ist ja der Erwerb der Wechsel durch Huber gar nichts Anderes als die Tilguug der Wechselverbindlichkeiten des Schildknecht mittelst der Kaufpreisschuld zum Vortheil des Anweisungsempfängers Aebi. Es mag dahin gestellt bleiben, ob die mehrgenannte Vereinbarung genau genommen eine Anweisung im juristischen Sinne (Art. 406 u. f.) enthält und ob deßhalb der Beklagte der Klägerin einfach hätte sagen können, er habe seine Schuld mit befreiender Wirkung an den Anweisungsempfänger Aebi bezahlt, denn wenn auch darauf eine verneinende Antwort gegeben werden sollte, so bleibt immerhin die Thatsache übrig, daß der Beklagte sich offenbar für verpflichtet gehalten hat, seine Schuld zur Einlösung der Wechsel zu verwenden. Die Aussicht auf den Konkursausbruch über die Erbsmasse Schildknecht und auf die Protestation und den Rückgang der Wechsel an den ersten Indossanten Aebi war gerade so recht geeignet, an die Erfüllung der eingegangenen Verpflichtung, den Aebi durch Verwendung des Kaufpreises zur

Wechseleinlösung von der Gefahr eines Verlustes zu befreien, zu mahnen, allein damit ist bei Weitem nicht gesagt, daß der Beklagte das Bewußtsein gehabt habe, jene Vereinbarung müsse von der Konkursmasse Schildknecht nicht respektirt werden, weßhalb auch er davon entbunden sei und deßhalb durch den Erwerb der Wechsel behufs Compensation die letztere benachtheiligt würde. Eine derartige Annahme wäre um so unrichtiger, als die Frage, ob der Beklagte nicht einfach den Standpunht der gültigen Zahlung an einen Anweisungsempfänger des Schildknecht mit Erfolg hätte einnehmen können, keineswegs so liquid ist, daß sie ohne Weiters verneint werden könnte, ja sogar mehr Gründe für deren Bejahung sprechen dürften. War aber Beklagter der Ansicht, daß er das dem Aebi gegebene Versprechen unter allen Umständen halten müsse und auch die Konkursmasse als Rechtsnachfolgerin des Schildknecht daran gebunden sei, so ist die fraudulöse Absicht absolut ausgeschlossen. Die Annahme, daß er wirklich davon ausgegangen sei, wird auch nicht etwa dadurch widerlegt, daß er, statt einfach den Standpunkt einzunehmen, er schulde der Klägerin nichts, weil er bereits mit befreiender Wirkung bezahlt habe, die Compensationseinrede erhebt. Das mag er deßwegen thun, weil er seither belehrt worden ist, daß dieser Weg sicherer zum Ziele führe, was aber nicht beweist, daß er zur Zeit der Wechseleinlösung und des Wechselerwerbes an der Berechtigung, die Verausgabung der Einlösungssumme einer allfälligen Konkursmasse gegenüber in der oder dieser Form zur Geltung bringen zu dürfen, ernstlich gezweifelt habe. Unterstellt aber auch, es wären ihm und Aebi dießfällige Zweifel aufgestiegen und diese einzig hätten die Veranlassung zum Wechselerworb gegeben, um die Schuldpflicht nicht an sich bestreiten zu müssen, sondern den bequemern und weniger auffallenden Weg der Compensation einschlagen zu können, so würde das noch nicht genügen zum Beweise des *Bewusstseins,* daß Aebi keinen Anspruch auf die Verwendung des Kaufpreises zur Deckung der Wechsel habe bezw. daß eine künftige Konkursmasse diesen Anspruch negiren könnte, ohne den Nachweis dieses Bewußtseins aber kann die Absicht einer Benachtheiligung der Masse zum Vortheil eines Dritten nicht angenommen werden. Man kann berechtigte Zweifel darüber haben, ob man einen Prozeß gewinne und doch von seinem Rechte vollständig überzeugt sein. Gerade hier mochten Aebi und der Beklagte, obgleich die getroffene Vereinbarung für sie positiv feststand, an der Möglichkeit einer prozeßualischen Feststellung einigermaßen zweifeln, und wenn sie nun, um dem aus dem Wege zu gehen, auf das Mittel sofortiger Wechseleinlösung behufs compensationsweiser Geltendmachung durch den Beklagten verfielen, so ist das ganz natürlich, beweist aber keine rechtswidrige Absicht.

10. Muß hienach davon ausgegangen werden, daß der Thatbestand des Art. 137 des O.-R. nicht vorliegt, so fällt die Replik der Klägerin dahin und folgt daraus die Gutheißung der Compensationseinrede und damit die Verwerfung der Klage, soweit sie nicht anerkannt ist. Da die 100 Fr. schon in der Referentenaudienz anerkannt worden sind und ohne den Hauptstreit offenbar niemals Veranlaßung zur Prozeßführung gegeben hätten, so muß deren Anerkennung auch ohne Einfluß auf die Kostens- und Entschädigungsfolge bleiben.

Schluss:

1. Von der Anerkennung der Klage im Betrage von Fr. 100 nebst Zins à 5 % seit 2. Februar 1888 wird Vormerk genommen; im Uebrigen wird dieselbe abgewiesen.

2. Die Staatsgebühr ist auf Fr. 300 festgesetzt.

3. Die Klägerin hat die Kosten des Prozesses zu bezahlen.

4. Dieselbe hat den Beklagten für außergerichtliche Kosten und Umtriebe mit Fr. 100 zu entschädigen.

5. Mittheilung an die Parteien.

Die Grenzen des „verflossenen und laufenden" Jahres,

für dessen Zins der Art. 294 des O.-R. dem Vermiether ein Retentionsrecht einräumt.

Der in zwei Entscheidungen der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes (siehe Bd. V. dieser Blätter pag. 383 und Bd. VII. pag. 78 u. 79) aufgestellte Satz, daß das „Jahr" des Art. 294. des O.-R. das vertragliche Miethjahr sei, besteht *nicht* zu Recht.

Das „laufende Jahr" des Art. 294 O.-R. beginnt vom Tage an, an welchem laut Miethvertrag der letzte Zins vor dem Ereignisse, (z. B. Konkurs des Miethers), welches zur Geltendmachung des Retentionsrechtes berechtigt, verfallen ist und ist das „verflossene Jahr" somit von diesem Tage an rückwärts zu berechnen.

Kassationsgericht Zürich, 8. Juni 1888.

Am 6. Dezember 1886 vermiethete Frau Schweizer-Koerner in Zürich dem Karl Hofer-Neuhaus (Firma C. Hofer-Neuhaus, Stroh- und Filzhutfabrik in Hirslanden) einen Laden sammt Nebenzimmer und Werkstattgebäude mit der Bestimmung, daß für das erste, mit dem 1. Januar 1887 beginnende Miethjahr 1800 Fr. und zwar in drei Raten von je 600 Fr., fällig am 1. April, 1. Juli und 1. Oktober 1887, für die Folgezeit dagegen, (vom 1. Jenner 1888 an) blos noch 1300 Fr. Miethzins jährlich zu bezahlen seien und zwar hatte die Bezahlung der letztern Summe in *viertel*jährlichen Raten von je 325 Fr. stattzufinden.

Am 12. September 1887 gerieth der Miether Karl Hofer-Neuhaus in Konkurs und in diesem meldete die Vermietherin Frau Schweizer-Koerner folgende Miethzinsforderungen an:

1. 200 Fr. als Rest der am 1. Juli 1887 fällig gewesenen Miethzinsrate von 600 Fr.
2. 600 Fr. mit dem 1. Oktober 1887 fällige Miethzinsrate und
3. 325 Fr. als Miethzins für die Zeit vom 1. Januar 1888 bis 1. April 1888.

Für alle diese Forderungen beanspruchte dieselbe unter Berufung auf den Art. 294 des O.-R. ein Retentionsrecht an den in den vermietheten Räumlichkeiten vorhandenen Waarenvorräthen. Die Forderungen selbst blieben unbestritten, der Retentionsanspruch aber wurde angefochten. Für die beiden Miethzinsraten von 200 Fr. und 600 Fr. (fällig gewesen am 1. Juli und 1. Oktober 1887) erklärten beide Instanzen (Konkursrichter und Appellationskammer) den Retentionsanspruch für begründet, *verwarfen denselben dagegen ebenso einstimmig mit Bezug auf die Miethzinsforderung von 325 Fr.* für die Zeit vom 1. Januar 1888 bis 1. April gl. J. Zur Begründung dieser letztern Entscheidung wurde darauf abgestellt, daß die Miethe am 1. Jenner 1887 begonnen habe, somit das Jahr 1887, in dessen Monat September die Eröffnung des Konkurses gegen den Miether falle, als das laufende Miethjahr zu betrachten und demnach gemäß Art. 294 des O.-R. für auf das Jahr 1888 fallenden Miethzins ein Retentionsrecht nicht bestehe, (siehe Band VII. dieser Blätter vom laufenden Jahrgang Seite 78 und 79 sowie den dort citirten früheren Entscheid der Appellationskammer, abgedruckt in Bd. V. S. 383 dieser Blätter).

Gegen diesen letztern Entscheid reichte die Mietherin Frau Schweizer-Koerner Nichtigkeitsbeschwerde ein gestützt auf die Behauptung, daß derselbe mit der *klaren* Bestimmung des Art. 294 des O.-R. im Widerspruch stehe (§ 704 Zif. 9 des Rechtspflegegesetzes) und wirklich entschied das Kassationsgericht am 8. Juni 1888 zu ihren Gunsten, indem es unter Aufhebung des angefochtenen Entscheides erkannte:

„Der Retentionsanspruch der Ansprecherin wird auch für die Miethzinsforderung von 325 Fr. für das am 1. Januar 1888 beginnende Vierteljahr, im Ganzen also für 1125 Fr. gutgeheißen, jedoch unter Behaftung der Ansprecherin, daß sie auf die Forderung von 325 Fr. soweit verzichte, als sie deren Betrag durch anderweitige Vermiethung des Ladens erhältlich mache."

Gründe:

1. Der Art. 294 des O.-R. gewährt dem Vermiether das Retentionsrecht „für den

Miethzins des verflossenen und laufenden Jahres.“ Nun leuchtet ein, daß für die Beantwortung der Frage, welcher Miethzins als ein Miethzins des verflossenen und welcher als ein Miethzins des laufenden Jahres anzusehen sei, es unerheblich ist, wann die Miethe begonnen habe und daß man vom Ende, nicht vom Anfang der Miethe an zu rechnen hat. Die einzig richtige Beantwortung der Frage, die nicht zu Folgerungen führt, welche den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und namentlich auch dem Grundsatze widersprechen würden, daß einer gesetzlichen Bevorzugung zunächst die *nicht* fälligen Forderungen und sodann die vor nicht langer Zeit verfallenen, vom Gläubiger nicht sorglos creditirten Forderungen würdig sind, — ist die, daß das laufende Jahr vom Tage an beginnt, an welchem nach dem Vertrage der letzte Zins vor dem Ereignisse, welches zur Geltendmachung des Retentionsrechtes berechtigt, verfallen ist.

2. Im vorliegenden Fall konnte daher die Ansprecherin am 12. September 1887, als der Miether sie gemäß Art. 228 des O.-R. durch seine Zahlungsunfähigkeit zur Geltendmachung des Retentionsrechtes berechtigte, da die letzte Miethzinsrate am 1. Juli 1887 verfallen war und die Miethe beidseitig höchstens auf 1. April 1888 gekündet werden konnte, das Retentionsrecht nicht nur für Ausstände des Jahres 1887, sondern auch für den auf die Zeit vom 1. Januar bis 31. März 1888 fallenden Miethzins geltend machen.

3. Wenn es sich frägt, ob der Entscheid des Vorderrichters einer klaren gesetzlichen Bestimmung widerspreche, so ist diese Frage zu bejahen, weil über den Sinn des Art. 294 kein Zweifel bestehen kann, wenn man ihn mit Art. 288 („rückständige und später fällige Miethzinse“) zusammenhält.

Literarisches.

Im Verlag von J. F. Richter in Hamburg ist erschienen:

Handbuch des Gefängnisswesens in Einzelbeiträgen von:

Sanitätsrath Dr. *Bär* in Berlin, Geheimrath *Eckert* in Freiburg i. B., Landgerichtsdirektor Dr. *Föhring* in Hamburg, Geheimer Finanzrath *Fuchs* in Karlsruhe, Generaldirektor Professor Dr. *Goos* in Kopenhagen, Professor Dr. *v. Holtzendorff* in München, Ministerialrath Dr. *v. Jagemann* in Karlsruhe, Professor Dr. *Kirn* in Freiburg i. B., Strafanstaltsgeistlicher Pfarrer *Kraus* daselbst, Strafanstaltsdirektor *Krohne* in Berlin, Professor Dr. *v. Liszt* in Marburg, Privatdocent Dr. *Mischler* in Wien, Strafanstaltsarzt *Ribstein* in Bruchsal, Strafanstaltsdirektor *Sichart* in Ludwigsburg, Strafanstaltsdirektor *Streng* in Hamburg, Professor Dr. *v. Voit* in München, Hofrath Professor Dr. *Wahlberg* in Wien,

herausgegeben durch

Dr. Franz v. Holtzendorff, Professor der Rechte in München und Dr. Eugen v. Jagemann, Ministerialrath in Karlsruhe.

Vor uns liegen 2 Bände in Form von Separatabdrücken aus dem Handbuch. In einem ersten Aufsatz bespricht Professor v. Holtzendorff die Grundlagen der Gefängnisskunde, als da sind: Begriff und Gegenstand derselben, die wissenschaftliche Methode in ihrer Darstellung, die Hauptbestandtheile der Gefängnißkunde, die Beziehungen derselben zur Strafrechtswissenschaft, zur Philosophie, zur Politik und Verwaltungslehre und zur Naturwissenschaft, sowie die Eintheilung in nationale und internationale Elemente des Gefängnißwesens und die allgemeine Literatur der Gefängnißkunde.

Daran anschließend beschäftigen sich eine ganze Reihe von Einzelbeiträgen mit einer Darstellung der Geschichte und des gegenwärtigen Standes der Gefängnißreform in den nord- und süddeutschen Bundesstaaten, in Großbritanien, den Scandinavischen Staaten und Rußland.

Den Schluß des ersten Bandes bildet eine 86 Seiten umfassende Abhandlung des Professor Dr. v. Holtzendorff über: „die rechtlichen Prinzipien des Strafvollzugs“. Wir finden da höchst interessante und belehrende Ausführungen über die einzelnen Strafrechtstheorien (Gerechtigkeitsidee, Abschreckungsidee, Sicherungs- und Besserungszweck) als Grundlagen des Strafvollzugs. Der Verfasser meint, von keiner Theorie lasse sich sagen, daß sie durch den Strafvollzug mit Sicherheit

in allen Fällen oder auch nur in der Mehrzahl derselben realisirt werden könnte. Dagegen ergänzen sich die Theorien wechselseitig und der Gesetzgeber habe die Aufgabe, *im Hinblick auf den Strafvollzug* die Theorie der Gerechtigkeit (Vergeltung), Prävention und Besserung in solche Strafsätze und Strafmittel zu übersetzen, welche vom Standpunkte der Erfahrung aus für die einzelnen Gruppen von Verbrechen oder Verbrechern als regelmäßig wirksame betrachtet werden müssen. Es müssen folglich die modernen Strafrechtstheorien gegenwärtig vielmehr auf dem Wege der Induction und den Erfahrungen des Strafvollzuges, als umgekehrt der Strafvollzug aus aprioristischen Theorien abgeleitet werden. Eine durchschnittlich wirksame und anwendbare Straftheorie könne daher nicht auf dem Wege der Spekulation, sondern nur auf demjenigen der Beobachtung gefunden werden. Eine einläßliche Besprechung erfahren ferner die einzelnen Freiheitsstrafarten; auch hier begegnen wir vielen sehr beherzigungswerthen Gedanken, Ausführungen und Anregungen. In einem besondern Kapitel wird das Straßmaaß behandelt. Der Verfasser spricht unter diesem Titel von der gesetzgeberischen Terminirung der Freiheitsstrafen, von der richterlichen Strafzumessung, der bedingten Entlassung, der Berechung der Strafdauer, von den rechtlichen Hindernissen und der Einstellung des Strafvollzuges und von der Continuität und Theilung des Strafvollzuges. Zum Schlusse wird von den Freiheitsentziehungen ohne Strafurtheil speziell vom Sicherheits- und Untersuchungsverhaft gesprochen.

Der II. Band des Handbuches beginnt mit einer Abhandlung des Ministerialrathes Dr. v. Jagemann in Karlsruhe über den Organismus der Gefängnißverwaltung. Es werden hier die verschiedenen Arten der Gefängnisse besprochen, ein besonderes Kapitel ist dem Dienstpersonal in den Gefängnissen gewidmet und ebenso wird der Gefängnißdienst selbst unter den Titeln: „Die Leitung des Gefängnisses“, „Zusammenwirken des Personals“, „die technischen Dienstzweige, insbesondere das Wirthschaftswesen“ und „der Aufsichtsdienst“ einer Besprechung unterzogen. Das letzte Kapitel dieser Abhandlung spricht von den Aufsichtsinstanzen und der Oberleitung.

Einen zweiten Beitrag zu diesem Bande hat der Landgerichtsdirektor Dr. Föhring in Hamburg geliefert. Seine Arbeit trägt den Titel: „Die Zwangserziehung und die Bestrafung Jugendlicher.“ In der Einleitung ist der Begriff: „Zwangserziehung“ definirt als die von Obrigkeitswegen, d. h. die von Justiz- oder Verwaltungsbehörden angeordnete und ausgeführte Erziehung jugendlicher, noch im Erziehungsalter stehender Personen und als wesentliche Voraussetzungen für den Eintritt derselben werden genannt:

1. grobe Vernachläßigung der Erziehung seitens der Erziehungsverpflichteten;
2. sichtbare Folgen der Vernachläßigung auf Seiten der Erziehungsbedürftigen in in ihrem Gesammtverhalten bei Begehung strafbarer Handlungen;
3. gesetzlich oder richterlich festgestellte Nichtzurechnung dieser Handlungen zur Schuld wegen mangelnder Einsicht, und
4. die in erster Linie durch das Alter sowie ferner durch die bisherige Führung der Jugendlichen gegebene Möglichkeit, annoch erziehlich auf dieselben einzuwirken.

Dabei ist anerkannt, daß die Voraussetzungen zur Verhängung der Zwangserziehung — nach dem positiven Recht nicht überall in dieser Weise festgesetzt sind, sondern sich einige Länder begnügen, mit dem Erforderniß eines sittlich verwahrlosten Zustandes, ohne daß eine strafbare Handlung verlangt wird und daß der Erziehungsvernachläßigung hin und wieder schon der Umstand gleichgestellt wird, daß die Haus- und Schulzucht sich in ihrer Anwendung als unzureichend zur Hebung sittlicher Verdorbenheit erwiesen haben.

Die Bestrafung Jugendlicher unterscheidet sich begrifflich von der Zwangserziehung darin, daß sie im Gegensatz zu dieser eine zurechenbare Schuld der jugendlichen Person selbst voraussetzt und somit auch nicht Fürsorge, sondern Sühne ist. Sie weist aber, weil bei ihr der Besserungszweck mehr denn sonst in den Vordergrund tritt, wichtige Be-

sonderheiten gegenüber der Bestrafung von Erwachsenen auf.

In einem ersten Kapitel bespricht der Verfasser die Entwicklung und den gegenwärtigen Stand des Zwangserziehungswesens in den wichtigsten europäischen Staaten (Deutschland, Oestreich, Großbritanien und Irland, Frankreich, Holland, Belgien, Italien, die nordischen Reiche und Rußland). Auch die Schweiz nimmt dabei einen Platz ein. Ein zweites Kapitel befaßt sich mit Form und Wesen der Zwangserziehung. Die Zwangserziehung in der Form der Familienerziehung wird als ein schönes, aber kaum zu verwirklichendes Ideal hingestellt und dahin geschlossen, daß die Anstaltserziehung stets die vorherrschende Form der Zwangserziehung werde bleiben müssen. Der Verfasser spricht in der Folge nur von den Staats- im Gegensatz zu den Privatanstalten. Wir finden da Ausführungen über die Frage, wie die Anstalten zu belegen, d. h. ob die Zöglinge je nach der Confession dem Geschlechte und der Verwahrlosung bezw. der Criminalität zu trennen seien, über die Größe der Anstalten und das System der Anstaltserziehung (Familien- und Collectivsystem). Ein Paragraph handelt vom Personal der Anstalten, ferner werden besprochen die Dauer der Zwangserziehung, und die damit in Verbindung stehende Frage der vorläufigen Entlassung; auch von der Einrichtung der Anstalten, der Hausordnung, vom Unterricht und der Arbeit ist die Rede. Wir begegnen hier überall sehr einleuchtenden und beherzigenswerthen Grundgedanken und Anschauungen. Die Bestrafung Jugendlicher endlich ist ein Kapitel, welches unsere besondere Beachtung verdient. Wir wollen nur einen Satz aus der uns vorliegenden Schrift hervorheben, weil er vielleicht geeignet ist, das unseres Wissens schon längst bestehende, durchaus berechtigte Bestreben, eine zweckentsprechende Aenderung des § 11 unseres Strafgesetzbuches herbeizuführen, zu unterstützen. Derselbe lautet: „Rechtlich völlig unbedenklich und praktisch von eminenter Wichtigkeit ist es dagegen, dem Strafrichter von vornherein die Befugnis zu geben, durch Richterspruch neben der erkannten Strafe die Ueberführung des Delinquenten nach Verbüßung derselben in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt anzuordnen.“ Neben diesem stellt der Verfasser noch 8 allgemeine Grundsätze für die Gesetzgebung betreffend die Bestrafung und die Zwangserziehung Jugendlicher auf, die alle durchaus beherzigenswert sind.

Eine dritte Arbeit stammt endlich aus der Feder des Geheimrath Eckert in Freiburg i. B. und führt den Titel: „Aufnahme der Gefangenen und Behandlung während der Gefangenschaft.“ Auch das Studium dieser Schrift bietet für die zuständigen Behörden und Beamten eine Fülle zweckmäßiger Anregungen.

In dem Handbuch für das Gefängnißwesen haben wir eine Arbeit vor uns, ausgehend von den tüchtigsten Kräften und erschöpfend in allen Richtungen. Nicht nur bietet sie den Gefängniß- und Anstaltsverwaltungen eine Summe schon jetzt verwerthbarer Anregungen und Winke, sondern sie wird auch die Grundlage bilden für die Weiterentwicklung der Gesetzgebung auf dem Gebiete des Gefängnißwesens, Eigenschaften, welche die Verbreitung des Handbuches von selbst sichern sollten.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. August 1888. VII. Band. № 14.

Schweizer Blätter für

Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.

Urtheil

des

Handelsgerichtes Zürich

vom 25. Mai 1888

in Sachen

Jakob Blumer, jünger, in Schindellegi, Kt. Schwyz, Klägers,

gegen

G. Körner, Banquier in Zürich, Beklagten,

sowie

J. Römelsberger in Glarus, Litisdenunziaten des Beklagten,

betreffend Schadenersatz aus unerlaubter Handlung.

Haftpflicht des Inhabers eines Informationsbureaux für die Folgen unrichtiger Auskunftsertheilung. Anwendung von Art. 62 des O.-R. auf einen solchen Fall.

Die Correspondenten bezw. Gewährsmänner des Information-Ertheilenden sind Angestellte desselben im Sinne dieser Gesetzesstelle.

Die Berufung auf den confidentionellen Charakter der Informationen vermag den Ausschluß der Haftpflicht nicht zu begründen.

Streitfrage:

„Ist der Beklagte verpflichtet, an den Kläger gemäß Art. 50 und 55 des O.-R. die Summe von Fr. 1000 zu bezahlen?"

Thatsächliches:

A. Die Informations-Abtheilung des Bankhauses G. Körner ertheilte am 16. Dezember 1887 auf eine von J. Römelsberger in Glarus gerichtete Anfrage über den Kläger folgende Auskunft:

„Jacques Blumer, jgr., Schindellegi, ist der „nicht sehr empfehlenswerthe Sohn des Buch„halters bei J. Blumer & Cie., der schon Meh„reres unternommen, unter Anderm in Glarus „eine Bäckerei betrieben und seine Bürgen „um einige tausend Francs erleichtert hat. „Ohne genügende Sicherheit kann man nicht „mit ihm verkehren."

Eine Anfrage des Römelsberger vom 17. Dezember 1887, ob sich diese Auskunft nicht auf *Esajas* Blumer, den Bruder des Klägers beziehe, wurde verneint mit dem Bemerken, daß die Information richtig sei.

Der Fragesteller wandte sich am 24. Dezember 1887 neuerdings an das Informationsbüreau und erhielt nun den Bescheid, eine nochmalige Anfrage an den betreffenden Correspondenten von G. Körner habe ergeben, daß sich die Bemerkung, der Betreffende sei s. Zt. in Glarus als Bäcker gewesen und habe seine Bürgen um einige 1000 Fr. erleichtert, allerdings auf den Esajas Blumer beziehe, aber auch Jakob Blumer sei nicht

im Mindesten zu empfehlen und könne Kredit in Ruhe nicht ertheilt werden.

Von dem Informationsbureau *Eckel in Basel* dagegen erhielt J. Römelsberger über den Kläger folgende Auskunft:

„Ehrenhaftigkeit und Ruf gut, Vermögen besitzt er nicht viel. Ist immerhin zahlungsfähig und bis jetzt seinen Zahlungsverbindlichkeiten, soweit bekannt, gut nachgekommen.“

B. Aehnliche ungünstige Informationen, wie das Informationsbureau des Beklagten dem J. Römelsberger über Blumer gegeben hat, waren auch an die Papierhandlung von Arthur Bareiss in Zürich ertheilt worden. Dieser hatte dem Kläger, welcher sich hauptsächlich mit der Fabrikation von Düten befaßt, am 4. Juni 1887 sein Lager in grauen Packpapieren und Normalpapier empfohlen; die Zahlungsbedingungen lauteten: 2 % Sconto bei Baarzahlung oder ohne Sconto 3 Monat Ziel. Der Kläger bestellte hierauf 3 Ries Normalpapier. Am 7. September fragte ihn Bareiss an, ob die Waare nicht per Nachnahme gesandt werden dürfe, da dies das erste Geschäft sei. Bareiss hatte inzwischen von G. Körner über den Kläger folgende Informationen erhalten:

Am 8. August 1888: „Betrieb einige Zeit „eine Bäckerei in Glarus, so daß dadurch „seine Bürgen um 2000 Fr. geschädigt wur„den. Der Mann ist nicht zu rühmen und „durchaus nicht kreditfähig.“

Am 6. September 1887: „Genannter ist „der Sohn des Buchhalters B. in der Weberei „von L. Blumer & Cie. Er soll schon Ver„schiedenes getrieben haben, zuletzt eine „Bäckerei in Glarus und zwar so, daß da„durch seine Bürgen um einige tausend Fran„ken geschädigt wurden. Der Mann kann in „keiner Richtung empfohlen werden und von „Kredit ohne Garantie kann keine Rede sein.“

Nachdem dann 3 Bestellungen des Klägers in Beträgen von etwas über 10 Fr. von Bareiss gegen Nachnahme ausgeführt worden waren, blieb Jener eine Lieferung im Betrage von Fr. 12. 15 Cts. schuldig. Auf eine weitere Bestellung von 4 Ries Normalpapier erklärte A. Bareiss, dieselbe vorderhand nicht ausführen zu können; auf Gewährung von 3 Monat Ziel könne er nicht eingehen und müsse er den Kläger bitten, vorerst die letzte Faktur zu reguliren. Die Bitte des Klägers, hievon abzugehen, wurde von Bareiss mit Brief vom 20. Dezember 1887 abschlägig beschieden mit der Motivirung, er habe bezüglich Kreditertheilung schon viele schlechte Erfahrungen gemacht und führe erste Geschäfte prinzipiell nur gegen Nachnahme aus, besonders wenn es sich um so minime Beträge handle.

C. Der Papierfabrik an der Sihl in Zürich, welche der Kläger Ende 1886 brieflich um Muster und Preiscourants angegangen hatte, ohne daß hierauf eine Antwort erfolgt wäre, war über denselben am 22. September 1886 von dem Informationsbureau des Beklagten berichtet worden:

„Man kennt den jungen Mann nicht näher „und kann auch nicht sagen, ob er tüchtig „sei in seinem Beruf und wo er die Lehrzeit „bestanden.“

Am 10. November 1887 wurde derselben Papierfabrik über Vater und Sohn Blumer folgende Auskunft ertheilt: „Die Garantie „des Genannten für seinen Sohn ist auch „nicht absolut prima. Der Sohn ist nicht zu „empfehlen.“

D. Der Kläger behauptet ferner, die Papierfabrik Perlen bei Luzern habe sein Gesuch um Unterbreitung ihrer Musterkollektionen in grauem Papier völlig ignorirt, offenbar nach Einziehung von Erkundigungen bei G. Körner. Der Letztere setzt das in Widerspruch; übrigens geht aus einer bei den Akten liegenden Correspondenzkarte jener Fabrik hervor, daß der Kläger allerdings im Dezember 1887 graues Papier für Düten hat beziehen wollen, daß er aber den Bescheid erhielt, die Fabrik in Perlen erstelle solches nicht, dagegen seien ihr Aufträge in andern Papieren, wie Post- und Schreibpapier angenehm.

E. Nachdem der Kläger durch Römelsberger Kenntniß von den diesem ertheilten Informationen erhalten hatte, wandte er sich an das Informationsbureau des Beklagten, um den Urheber in Erfahrung zu bringen; es wurde ihm aber Auskunft verweigert, worauf er Klage auf Bezahlung von Fr. 1000 Schadenersatz anhob. Auch in der heutigen Haupt-

verhandlung hat der Beklagte den Namen seiner Vertrauensmänner und Correspondenten nicht genannt, sondern sich darauf beschränkt, Copien der von ihm eingezogenen Informationen vorzulegen. Es sind deren 5 aus verschiedenen Zeiträumen, lautend:

20. September 1886: „Wo Angefragter, „(Blumer) die Lehre gemacht hat, wissen wir „nicht, ebenso wenig, ob er tüchtig ist in „seinem Beruf. — Wir kennen den jungen „Mann überhaupt nicht näher und bedauern „sehr, Ihnen diesmal nicht mit genauen In„formationen an die Hand gehen zu können.“

2. Oktober 1886: „Bestätigend unser Er„gebenstes von heute, theilen wir Ihnen nach„träglich mit, was wir soeben über den frag„lichen Jacques Blumer vernommen haben. „Dieser ist ein Sohn des Buchhalters Hrch. „Blumer, ca. 20 Jahre alt, soll in einem Laden„geschäfte in Basel eine Anstellung gehabt „haben, welche er aber gesundheitshalber „habe aufgeben müssen und sei augenblick„lich bei seinen Eltern an der Schindellegi. „Wie er sich in diesem Geschäfte betragen, „wissen wir nicht. Als Knabe und während „seiner Flegeljahre hat er auf den Schreiber „dies keinen günstigen Eindruck gemacht.“

4. Juli 1887: „Sohn des Hrch. Blumer, „Buchhalter bei J. Blumer & Cie., Schindel„legi. Betrieb einige Monate eine Bäckerei „in Glarus und zwar so, daß er dadurch seine „Bürgen um ca. 2000 Fr. geschädigt haben „soll. Sein übriger Charakter ist nichts we„niger als lobenswerth und müssen wir von „irgend welchem Kreditgeben entschieden ab„rathen.“

7. *November 1887*: (auf die Fragen: Darf dem Sohne J. Blumer Fr. 500—600 Kredit gewährt werden? Mit oder ohne Garantie des Vaters?) „Ohne dessen Garantie, welche zwar „auch problematisch sein dürfte, können wir „kein Kreditgeben anrathen. Der junge Mann „ist zudem an und für sich nicht zu em„pfehlen.“

3. Dezember 1887: (Frage: Reist Angefragter?) „Ja.“ (Kommt er mit Colonialwaarenhändlern in Verbindung?) „Ist uns unmög„lich, bestimmt zu beantworten; wenn er aber „Düten- oder Papiersäcke absetzen will, so „wird er ganz gewiß auch mit fraglichen „Händlern in Berührung kommen. Im Uebri„gen können wir nur Vorsicht empfehlen.“

F. Der Kläger, auf Gutheißung der Klage antragend, läßt zur Begründung derselben anführen:

In Folge der vom Beklagten ertheilten ungünstigen Informationen habe er nicht die nöthigen Kredite zur Ausdehnung des Geschäftes erhalten. Da ihm der Verkehr mit den Papierfabriken abgeschnitten gewesen, sei er auf Zwischenhändler und in Folge dessen auf viel ungünstigere Conditionen angewiesen gewesen. Auf diese Weise habe ihn der Beklagte schwer geschädigt, wofür auf richterliches Ermessen, eventuell Expertise abgestellt werde. Statt der gewünschten Rendite von Fr. 2500 habe Kläger kaum eine solche von Fr. 1200 erzielt. Die vom Beklagten ertheilten Informationen seien auch thatsächlich unrichtig, indem der Kläger seit Eröffnung des Geschäftes im Oktober 1886 seinen Verbindlichkeiten stets nachgekommen sei und von seinen Kreditoren weder je habe rechtlich betrieben noch zur Zahlung ernstlich gemahnt werden müssen. Der Beklagte sei für Verschulden seiner Vertrauensmänner in der Auskunftsertheilung nach Art. 62 des O.-R. verantwortlich.

Der Kläger sei aber nicht nur in ökonomischer Beziehung schwer geschädigt, sondern auch in seinen persönlichen Verhältnissen ernstlich verletzt worden. Die vom Beklagten ausgegebenen Informationen beschränken sich nicht darauf, den Kläger als vermögenslos zu bezeichnen, sondern gehen darauf aus, ihn als einen Menschen mit schlechtem Charakter hinzustellen. Die Klage sei also sowohl nach Art. 50 als nach Art. 55 des O.-R. begründet.

G. Der Beklagte stellt der Klage folgende Einwendungen entgegen:

Die an Römelsberger ertheilte Auskunft sei diesem vom Vater Blumer abgelockt worden; es stehe also der Klage die Einrede der Arglist entgegen.

Der Beklagte verfahre in der Auswahl seiner Correspondenten sehr sorgfältig; speziell derjenige Vertrauensmann, welcher ihn über den Kläger informirt habe, sei ein durchaus ehrenhafter und zuverlässiger Mann. Wenn

trotzdem hie und da eine nicht ganz zuverlässige Auskunft vorkomme, so könne das dem Inhaber eines Informationsbureau nicht zum Verschulden angerechnet werden, zumal es in vielen Fällen außerordentlich schwierig sei, sich über die Kreditfähigkeit eines Mannes ein Urtheil zu bilden.

Der Kläger sei auch mit Recht als nicht kreditfähig bezeichnet worden. Der Vater Blumer besitze kein Vermögen. Von seinen 4 Söhnen habe keiner einen wesentlichen Verdienst, gegentheils haben für den Esajas Blumer noch Schulden bezahlt werden müssen. Der Kläger selber betreibe ein ganz unbedeutendes Geschäftchen. Daß derselbe keine Mittel besitze, gehe übrigens schon daraus hervor, daß er für so kleine Beträge wie bei A. Bareiss den Kredit habe in Anspruch nehmen müssen.

Die Correspondenten des Informationsbureau seien keine Angestellten im Sinne des Art. 62 des O.-R. und der Beklagte daher für dieselben nicht verantwortlich.

Gesetzt, aber nicht zugegeben, die Auskunft von Eckel in Basel sei die richtige, so würde der vom Kläger erlittene Nachtheil höchstens darin bestehen, daß er die von A. Bareiss bezogene Waare habe sofort bezahlen müssen, statt erst nach 3 Monaten. Der Kausalzusammenhang zwischen der Verweigerung des Kredites und der vom Beklagten abgegebenen Information stehe nicht fest. Der Kläger hätte ohnehin keinen Kredit erhalten, weil er eben nichts besitze und seinen Zahlungsverpflichtungen gegenüber den Firmen, mit welchen er verkehrt habe, nicht ordentlich nachgekommen sei. Auf das Protokoll des Pfandschätzeramtes Schindellegi werde abgestellt dafür, daß der Kläger schon habe betrieben werden müssen. Davon, daß dem Kläger moralisches Unrecht zugefügt worden, sei vollends keine Rede.

H. In der Replik erklärte der klägerische Vertreter, daß er die Aechtheit der vom Beklagten vorgelegten Informationscopien nicht anerkennen könne; er machte indeß darauf aufmerksam, daß die Auskunft, welche der Beklagte erhalten haben wolle, mit den von ihm ausgegebenen Informationen nicht übereinstimme. Bestritten wurde sodann, daß Kläger die Information von Römelsberger erschlichen habe. Ersterer habe sich bei Letzterem um eine Stelle als Provisionsreisender beworben, worauf Römelsberger sich über ihn erkundigt und ihm die empfangene Auskunft vorgehalten habe. Endlich wurde noch Beweis durch die Bücher des Klägers und Expertise anerboten dafür, daß derselbe einen jährlichen Umsatz von Fr. 5000 gehabt habe.

Entscheidungsgründe:

1. Gegenstand der Klage sind sowohl diejenigen Informationen, welche das Auskunftsbureau des Beklagten dem J. Römelsberger in Glarus abgegeben hat als auch namentlich die der Papierfabrik a. d./Sihl und A. Bareiß in Zürich über den Kläger ertheilte Auskunft. Derselbe hat in der Klageschrift und im Klagevortrag im Weitern den Beweis dafür anerboten, daß auch die Papierfabrik Perlen bei Luzern in Folge nachtheiliger Informationen Seitens G. Körner abgelehnt habe, mit ihm in Verkehr zu treten. Nachdem jedoch die persönliche Befragung des Beklagten in dieser Richtung negativ ausgefallen ist, scheint er hieran nicht weiter festhalten zu wollen. Uebrigens ergibt sich ja aus der Korrespondenzkarte vom 2. Dezbr. 1887, daß jene Fabrik das vom Kläger gewünschte graue Papier gar nicht fabrizirt und aus diesem Grunde seinem Gesuch nicht entsprechen konnte.

2. Außer Betracht fällt ferner die der Papierfabrik a. d./Sihl im Oktober und November 1886 ertheilte Auskunft, da dieselbe keine positiven Angaben und Meinungsäußerungen über Creditunwürdigkeit enthält; es beschränkte sich das Informationsbureau damals darauf, zu berichten, daß man den Kläger nicht näher kenne; die beiläufige Bemerkung, daß derselbe in seinen Jugendjahren keinen günstigen Eindruck gemacht habe, ist von ihm nicht besonders eruirt worden.

In den später vom Informationsbureau des Beklagten ausgegangenen Berichten wird dagegen dem Kläger zur Last gelegt, er habe schon Verschiedenes unternommen, unter Anderem in Glarus eine Bäckerei betrieben und hiebei seine Bürgen um einige Tausend

Franken geschädigt, — in der Auskunft an Römelsberger wird sogar der bezeichnendere Ausdruck „erleichtert“ gebraucht — das Urtheil lautet schließlich dahin, es sei der Kläger durchaus nicht zu empfehlen, er sei nicht kreditfähig u. A. m. Es leuchtet ohne Weiteres ein, daß derartige Nachreden und Aeußerungen im höchsten Grade geeignet sind, das Ansehen und den Kredit einer Person zu gefährden.

3. Es steht fest, daß die zur Motivirung jenes ungünstigen Urtheils verwendete Angabe, der Kläger habe beim Betrieb einer Bäckerei seine Bürgen um einige tausend Franken geschädigt, thatsächlich unrichtig ist. Es beruht diese Angabe auf einer Verwechslung des Klägers mit seinem Bruder Esajas, welche bei genauen Nachforschungen über das Vorleben des Erstern selbstverständlich hätte vermieden werden können. Auch die Zulage, daß der Kläger schon Verschiedenes unternommen habe, ist keineswegs belegt. Der Beklagte will nun die Verantwortlichkeit für das Verschulden seines Gewährmannes von sich abwälzen, jedoch mit Unrecht. Gemäß Art. 62 des O.-R. haftet der Geschäftsherr für den Schaden, welchen seine Angestellten oder Arbeiter in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben. Es ist nun nicht einzusehen, weßhalb zu den Angestellten eines Informationsbureau nicht zu rechnen seien die auswärtigen Correspondenten; dasselbe bedarf ja gerade solcher Leute, um über die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse gewisser Personen Auskunft geben zu können; ohne ständige Correspondenten wäre der Betrieb eines solchen Geschäftes undenkbar. Daß das Anstellungsverhältniß ein dauerndes sei, ist im Gesetz nirgends gefordert, übrigens weist ja die Darstellung des beklagtischen Vertreters darauf hin, daß er die Dienste des betreffenden Vertrauensmannes für in dortiger Gegend einzuziehende Erkundigungen regelmäßig in Anspruch nimmt. — Der dem Geschäftsherrn in Art. 62 vorbehaltene Entlastungsbeweis dafür, daß er alle erforderliche Sorgfalt angewendet habe, um eine Schädigung zu verhüten, ist vom Beklagten nicht angetreten worden. Derselbe hat wohl geltend gemacht, daß er in der Auswahl seiner Correspondenten sorgfältig verfahre; allein indem er den Namen seines Gewährsmannes verschweigt, entzieht er die Würdigung dieser Behauptung der Cognition des Richters. Indessen kann jetzt schon als feststehend angesehen werden, daß der Beklagte dem betreffenden Correspondenten das zu beachtende Verhalten nicht genügend eingeschärft hat. Es darf von einem Inrormationsbureau füglich verlangt werden, daß es seine Correspondenten dahin instruire, genaue Nachforschungen anzustellen und bei Abfassung der Berichte vorsichtig zu sein. Dies ist im vorliegenden Falle offenbar nicht geschehen, denn sonst hätte die Verwechslung des Klägers mit seinem Bruder nicht stattfinden können; jedenfalls aber hätte die Anfrage Römelsbergers vom 17. Dezember v. J., ob nicht ein Irrthum vorliege, zu weitern und genauern Nachforschungen und Erhebungen veranlassen sollen. Der Beklagte hat nicht vermocht, irgend welchen stichhaltigen Entschuldigungsgrund für das Festhalten an der irrthümlichen Berichterstattung namhaft zu machen.

4. Dafür, daß die Haftung desjenigen, der sich berufsmäßig mit der Ertheilung von Informationen abgibt, für die Folgen der Ehre und dem Credit einer Person nachtheiliger Auskunft eine beschränktere sei als die irgend eines Privatmannes, gibt das Gesetz durchaus keine Anhaltspunkte. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß der Inhaber eines solchen Geschäftes gehalten sei, mit Sorgfalt und Umsicht zu verfahren und daß ihn jede Fahrläßigkeit zum Ersatz des widerrechtlich verursachten Schadens verpflichtet (Art. 50 O.-R.). Die Berufung auf den confidentionellen Charakter dieser Informationen hält dem Geschädigten gegenüber nicht Stich: eine andere Frage ist natürlich die, ob dem Auskunftgeber allfällig ein Rückgriffsrecht gegen denjenigen zustehe, welcher mit einer ihm persönlich ertheilten Auskunft Mißbrauch treibt.

5. Uebergehend zu der Frage, ob der Kläger durch das schuldhafte und widerrechtliche Vorgehen des Beklagten geschädigt worden sei, so ist daran zu erinnern, daß unter „Schaden“ im Sinne des Art. 50 und

folgd. des O.-R. nicht blos ein Vermögensschaden zu verstehen ist; es fällt darunter auch die Creditschädigung durch Behaupten und Verbreiten von unwahren Thatsachen, welche den Credit einer Person ernstlich zu gefährden geeignet sind. In einem solchen Falle kann der Richter nach Art. 55 dem Verletzten auch ohne Nachweis eines Vermögensschadens eine angemessene Geldsumme zusprechen.

Der Kläger hat nun allerdings den Eintritt eines Vermögensschadens behauptet, der darin bestehen soll, daß ihm in Folge der vom Beklagten abgegebenen Informationen der Verkehr mit den Fabrikanten und Engros-Händlern abgeschnitten worden sei und daß er daher seinen Bedarf an Papier für die Dütenfabrikation zu höhern Preisen und ungünstigern Zahlungsbedingungen habe einkaufen müssen. Indessen ist ein ziffermäßiger Nachweis des diesfälligen Schadens nicht versucht worden und so bleibt dem Richter nichts anderes übrig, als eine den Umständen angemessene Genugthuungssumme auszumitteln. Diesfalls fällt in Betracht:

6. Der Credit, den eine Person genießt, hängt einmal davon ab, in welcher Vermögenslage sie sich befindet, sodann aber kommen wesentlich ihre persönlichen Eigenschaften in Frage. Was den erstern Punkt betrifft, so macht der Kläger selbst nicht geltend, daß ihn seine Vermögensverhältnisse dazu berechtigen, in weitgehendem Maße Credit in Anspruch zu nehmen. Es ist ferner nicht zu übersehen, daß Blumer erst ca. 20 Jahre alt war, als er im Herbst 1886 sein Geschäft gründete; denn es liegt in der Natur der Sache, daß ordentliche Geschäftshäuser mit Creditertheilung an junge Anfänger, welche sich nicht über genügende Betriebskapitalien und namentlich über geschäftliche Tüchtigkeit auszuweisen in der Lage sind, vorsichtig zu Werke gehen. So erklärt es sich, daß die Papierfabrik an der Sihl, mit welcher der Kläger Ende 1886 in Geschäftsverbindung zu treten wünschte, sich ablehnend verhielt.

7. Hält man mit der Thatsache, daß die Papierhandlung A. Bareiß in Zürich die vom Kläger im Herbst 1887 aufgegebenen Bestellungen nur gegen Nachnahme hat ausführen wollen, die im Juni 1887 gemachte Lieferungsofferte „3 Monate Ziel oder 2 % Sconto bei Baarzahlung" zusammen, so liegt allerdings die Vermuthung nahe, daß die inzwischen über den Kläger eingegangenen ungünstigen Informationen nicht ohne Einfluß gewesen seien. Allein anderseits fällt ins Gewicht, daß es sich nur um ganz unbedeutende Bestellungen gehandelt hat, weshalb die Anfrage des Bareiß, ob nicht gegen Nachnahme geliefert werden dürfe, auch sonst begreiflich ist. Der Umstand, daß der Kläger den Betrag der Faktur vom 3. November 1887 (Fr. 12, 15 Cts.) creditirt haben wollte und dieselbe erst am 7. Februar d. J. bezahlte, mußte gewiß auffällig erscheinen. Indem er also nicht darauf bedacht war, die einmal angeknüpfte Geschäftsverbindung fortzusetzen und durch prompte Regulirung der kleinen Fakturen das Zutrauen des A. Bareiß zu gewinnen, hat er die Weigerung der Creditertheilung zum großen Theil dem eigenen Verhalten zuzuschreiben.

8. Die von der Papierfabrik a. d./Sihl im November 1887 eingeholte Information läßt darauf schließen, daß sie damals unter Umständen nicht abgeneigt gewesen wären, mit dem Kläger in Verkehr zu treten. Dagegen fällt die dem J. Römelsberger ertheilte Auskunft weniger in Betracht, weil dieser sich veranlaßt sah, in die Richtigkeit derselben Zweifel zu setzen, worauf die theilweise Correktur Seitens des Beklagten erfolgte. Immerhin ist nicht zu verkennen, daß der Kläger in Folge der vom Beklagten ausgegebenen Informationen in seiner geschäftlichen Entwicklung etwas gehemmt wurde, daß er ohne dieselben leichter Kredit gefunden hätte. Die hiefür ihm zukommende Genugthuungssumme ist nach richterlichem Ermessen auf Fr. 50 festzusetzen.

9. Der Beklagte hat als principiell unterliegende Partei die Kosten des Prozeßes zu bezahlen; dagegen ist dem Kläger, welcher eine offenbar übersetzte Forderung gestellt hat, keine Prozeßentschädigung zuzusprechen.

Schluss:

1. Der Beklagte ist schuldig, an den Kläger Fr. 50 zu bezahlen; die Mehrforderung ist abgewiesen.

2. Die Staatsgebühr ist auf Fr. 70 angesetzt.
3. Der Beklagte hat die Kosten des Prozesses zu tragen, dagegen wird dem Kläger eine Prozeßentschädigung nicht zugesprochen.
4. Mittheilung an die Parteien.

Urtheil
des
Handelsgerichtes Zürich
vom 11. Mai 1888
in Sachen
des *Tobias Sponagel,* Baumaterialiengeschäft in Zürich, Klägers,
gegen
August Kinzler, Baumaterialengeschäft in Zürich, Beklagten,
betr. Dienstmiethe und Konventionalstrafe.

Konkurrenzverbot. Auslegung der Konkurrenzklausel. Richterliche Ermässigung der Konventionalstrafe (Art. 182 des O.-R.).

Streitfrage:

„Ist der Beklagte schuldig, an den Kläger wegen Verletzung des zwischen ihnen abgeschlossenen Anstellungsvertrages vom 1. Januar 1886, die in Art. 7 desselben für diesen Fall vorgesehene Conventionalstrafe von Fr. 4000 zu bezahlen?

Ferner Fr. 396. 40 Cts. laut Rechnungsauszug per 1. Januar 1887 und

Fr. 85. 25 Cts. Rückvergütung von zu viel gutgeschriebener Provision für nicht in Ordnung abgewickelte Geschäfte,

sammt Zins à 5 % seit 1. Januar 1887?"

Thatsächliches:

A. Der aus Württemberg gebürtige Beklagte ist im Juli 1883 im Baumaterialiengeschäft des Klägers angestellt worden theils als Reisender, theils zur Besorgung der Bureauarbeiten. Ein schriftlicher Anstellungsvertrag wurde indessen erst 2½ Jahre später abgeschlossen; derselbe ist vom 1. Januar 1886 datirt und enthält folgende Bestimmungen:

„§ 1. Kinzler tritt heute in das Geschäft „des T. Sponagel als Reisender und verpflich„tet sich, die im Interesse des Geschäftes er„forderlichen Reisen zu machen, während der „übrigen Zeit auf dem Comptoir thätig zu „sein und nur an solide, als zahlungsfähig „bekannte Leute zu verkaufen.

„§ 2. Sponagel zahlt dagegen dem Kinzler „einen jährlichen Gehalt von Frkn. 1800 in „gleichmässigen Raten am betreffenden Mo„natsschlusse . . . .

„Ferner erhält Kinzler von jedem durch „ihn abgeschlossenen und in Ordnung lau„fenden Geschäft eine Extraprovision, die in „einem besondern Schreiben alljährlich am „1. Januar für die kommende Bausaison ver„einbart wird.

„§ 3. Kinzler entsagt jedem Geschäft für „eigene oder fremde Rechnung und verpflich„tet sich, alle auf das Geschäft des Sponagel „Bezug habenden Mittheilungen (Geschäfts„geheimnisse) nach keiner Seite hin zu ver„öffentlichen.

„§ 4. Dieser Vertrag tritt sofort in Kraft „und kann mit Beginn eines Kalendervierteljahres auf weitere 3 Monate hin gekündigt „werden.

„§ 5. Sponagel behält sich das Recht vor, „bei schwerer Pflichtverletzung sowie Nicht„beachtung seiner Vorschriften von Seiten des „Kinzler, den Vertrag unter sechswöchent„licher Aufkündigung zu lösen.

„§ 6. Sodann verpflichtet sich Kinzler, bei „seinem Austritt aus dem Geschäfte des Spo„nagel während vier aufeinanderfolgenden „Jahren in kein anderes Baumaterialien- oder „ähnliches Geschäft oder Fabrik der Schweiz „einzutreten, ebenso kein neues gleiches Ge„schäft auf eigene Rechnung in der Schweiz „zu errichten und Herrn Sponagel überhaupt „in der Baubranche durch Besuch der Schwei„zer-Kundschaft, sei es vom Auslande her „oder in der Schweiz selbst, keine Konkur„renz zu machen, ohne sein Einverständniß „eingeholt zu haben.

„§ 7. Sollte Kinzler gegen die eine oder „andere vorstehender Verpflichtungen zuwider„handeln, so hören die dem Herrn Sponagel „aus diesem Vertragsverhältniß entspringen„den Verbindlichkeiten sofort auf und Kinzler „muß dem Sponagel als Entschädigung die

„Summe von Fr. 4000 bezahlen, ohne daß „es einer weitern Inverzugsetzung bedarf."

Die in § 2 Abs. 2 des Vertrages dem Beklagten zugesicherte Extraprovision von allen durch ihn abgeschlossenen und in Ordnung abgewickelten Geschäfte wurde durch Brief des Klägers vom 6. Januar 1886 für die kommende Bausaison fixirt.

B. Mit Brief vom 10. November 1886 kündigte der Kläger nach vorausgegangener mündlicher Auseinandersetzung dem Beklagten gestützt auf § 5 des Vertrages das Anstellungsverhältniß auf 6 Wochen, da ihm von zuverlässiger Seite weitere Mittheilungen über pflicht- und ordnungswidriges Verhalten des Beklagten als Reisenden zugekommen seien. Letzterer erhob gegen diese Kündigung weiter keine Einwendung, sondern beschränkte sich darauf, mit der Behauptung, verleumdet worden zu sein, sich von den ihm gemachten Vorwürfen zu reinigen, die dahin giengen, daß er sich über seinen Prinzipalen abschätzig geäußert und mehrfach die Absicht kund gegeben habe, ein Konkurrenzgeschäft zu eröffnen. Der Kläger trat auf weitere Unterhandlungen nicht ein, übermittelte unterm 10. Januar 1887 dem Beklagten eine Provisionsabrechnung, welche per 31. Dezember 1886 mit einem Saldo von Fr. 396. 40 Cts. zu seinen (Klägers) Gunsten abschließt und ersuchte um dessen Berichtigung. Im Fernern wurde dem Beklagten angekündigt, daß, da er sich in letzter Zeit Vergehen gegen die §§ 3 und 6 des Vertrages habe zu Schulden kommen lassen, der Kläger bei erster Gelegenheit von § 7 Gebrauch machen werde. Der Beklagte, welcher sich über Weihnachten auf Besuch nach Deutschland begeben hatte, versprach mit Correspondenzkarte vom 12. Februar 1887, die Sache bei seiner demnächstigen Rückkehr zu ordnen. Da keine Zahlung erfolgte, hob der Kläger für den Betrag von Fr. 396. 40 Cts. den Rechtstrieb an, worauf Rechtsvorschlag erfolgte; sein Gesuch um Rechtsöffnung wurde durch Verfügung des Audienzrichters Zürich vom 5. August 1887 abgewiesen.

C. Unterdessen hatte der Beklagte unter der Firma August Kinzler auf hiesigem Platze ein eigenes Geschäft eröffnet; laut dem Eintrag im Handelsregister vom 21. Juni 1887 befaßt er sich mit dem Handel in Baumaterialien und ist überdem Vertreter der Thonwaarenfabrik von Passavant-Iselin in Allschwyl (Baselland).

Nunmehr sah sich der Kläger veranlaßt, Klage zu erheben; dieselbe wurde Ende Oktober 1887 beim Friedensrichteramt anhängig gemacht und am 20. März d. Js. gieng hierorts Klageschrift und Weisung ein.

D. Zur Begründung des Anspruches auf Zahlung der Conventionalstrafe von Fr. 4000 wird auf die Thatsache verwiesen, daß der Beklagte in der doppelten Eigenschaft als Inhaber eines Baumaterialiengeschäftes und als Vertreter der Thonwaarenfabrik Allschwyl die Kunden des Klägers besuche und sie demselben theilweise abspenstig mache. Während Passavant-Iselin sich früher ausschließlich mit der Thonwaarenfabrikation befaßt habe, betreibe derselbe seit der Verbindung mit dem Beklagten und auf dessen Veranlassung nun auch den Handel mit Cement und mache dadurch dem Kläger noch wirksamere Konkurrenz. Die Bezugsquellen für einzelne Spezialitäten des Klägers, wie Cement, Gips, Kalk, Bodenplatten und Steingutröhren seien bisher sein Geschäftsgeheimniß gewesen, das nun der Beklagte ausbeute. Es sei demselben ein Leichtes, in diesen Artikeln durch Entzug der Kundsame und Drücken auf die Preise einen Verdienstausfall in der Höhe der Conventionalstrafe eventuell von Frkn. 1000 per Jahr zu verursachen. Dafür, daß ein solcher Schaden bereits eingetreten sei, werde nöthigenfalls der Beweis offerirt und für die Angemessenheit der Forderung von Fr. 4000 auf Expertise eventuell richterliches Ermessen abgestellt.

E. Der Beklagte gibt zwar zu, daß er ein Konkurrenzgeschäft eröffnet habe, bestreitet aber, daß er dadurch den Kläger in irgendwie erheblicher Weise benachtheilige und läßt auf Verwerfung der Conventionalstrafforderung antragen, indem er der Klage folgende Einreden entgegenhält:

1. Das Konkurrenzverbot widerspreche der Moral und sei daher nach Art. 17 des O.-R. nicht zu schützen.

2. Dasselbe sei nur für den Fall aufgestellt

worden, als der Beklagte freiwillig aus dem Geschäfte des Klägers austrete, nicht aber für den Fall, daß Letzterer das Anstellungsverhältniß einseitig aufhebe. In dieser Richtung wird auf die Bedeutung des Ausdruckes „Austritt“ als Gegensatz zu einer „Entlassung“ hingewiesen und ferner geltend gemacht, daß es sich bei Aufstellung der Konkurrenzklausel nur darum gehandelt habe, den Beklagten am Austritt zu hindern, ihn an das Geschäft zu fesseln. Anderseits wird betont, daß der Beklagte für die ihm durch den schriftlichen Vertrag gebotene Erhöhung der fixen Besoldung um 300 Frkn. und die Zusage von etwas mehr Provision niemals die Verpflichtung übernommen haben würde, im Falle der Kündigung Seitens des Klägers in kein Konkurrenzgeschäft einzutreten, zumal es ja laut Vertrag dem Kläger freigestanden hätte, das Anstellungsverhältniß schon auf Ende Juni 1887 zu lösen.

Eventuell beantragt der Vertreter der Beklagten erhebliche Ermässigung der Conventionalstrafe, indem er ausführt: Einmal falle in Betracht, daß dem Kläger überall kein Nachtheil erwachsen sei, es werde vielmehr zum Beweise verstellt, daß derselbe im Jahr 1887 bessere Geschäfte gemacht habe als früher. Geschäftsgeheimnisse seien keine zu verrathen gewesen, es sei denn etwa das, daß der Kläger wiederholt statt Mannheimer- Rotzlocher-Cement geliefert habe. Sodann sei aufmerksam zu machen auf die plötzliche und schroffe Entlassung; der Beklagte habe nur deshalb gegen die ungerechtfertigte Kündigung nicht reagirt, weil er gefunden, er könne mit dem Kläger doch nicht mehr zusammen arbeiten, so lange ihm derselbe kein Gehör schenke. Weiterhin sei zu berücksichtigen, daß es dem Beklagten — was zum Beweise verstellt werde — trotz vielfacher Bemühungen nicht gelungen sei, eine andere Anstellung zu finden und daß derselbe keine eigenen Mittel besitze, sondern die Hülfe seiner Verwandten und Bekannten habe in Anspruch nehmen müssen, um das Geschäft einrichten zu können.

F. Der Kläger hielt in der Replik daran fest, daß er die Aufnahme der Konkurrenzklausel in den Vertrag einzig aus dem Grunde verlangt habe, weil er erfahren, daß der Beklagte sich mit der Absicht trage, seine Stellung dazu zu mißbrauchen, sich in die Geschäftsgeheimnisse und bei der Kundschaft einführen zu lassen, um nachher ein Konkurrenzgeschäft zu eröffnen. Hätte es die Meinung gehabt, daß die Conventionalstrafe nur gelten solle, wenn der Beklagte künde, so wäre ja der Kläger gegen Pflichtversäumniß des Beklagten wehrlos gewesen. Der Grund der Kündigung liege in dem pflichtwidrigen Verhalten des Beklagten, welcher seine Konkurrenzgelüste wiederholt gegenüber Drittpersonen geäußert und nach dem im Oktober 1886 erfolgten Tode des C. Mandrino in Außersihl, eines Konkurrenten des Klägers, mit dessen Wittwe Unterhandlungen wegen Uebernahme des Geschäftes gepflogen habe, welche dann allerdings gescheitert seien; im Fernern sei der Beklagte unter dem Vorwande, die Kundschaft zu besuchen, herumgebummelt und in Wirthschaften herumgezogen. Endlich habe der Beklagte auf den Namen seines Geschäftsherrn bei einem Kunden, Rud. Ganz, Cementier in Töß, Geld erhoben und dasselbe für sich verwendet.

Gegenüber dem Antrag auf Reduktion der Conventionalstrafe hält der Vertreter des Klägers dafür, daß dieselbe eine übermässige nicht genannt werden könne und daß die vom Beklagten für eine Ermässigung angeführten Gründe nicht stichhaltig seien. Der vermehrte Umsatz, welchen der Kläger im Jahre 1887 erzielt habe, rühre daher, daß derselbe einen zweiten Reisenden engagirt und in Italien ein Absatzgebiet gefunden habe. Der Vorwurf, daß der Kläger seine Kunden übervortheile, indem er unter der Mannheimer-Marke billigern Cement liefere, wird zurückgewiesen und endlich wird bestritten, daß der Beklagte Versuche gemacht habe, eine Anstellung zu finden.

G. Der Kläger hat heute die weitern Forderungen von

Fr. 396. 40	Saldo der Provisionsrechnung und
„ 85. 25	Rückvergütung von bereits gutgeschriebenen Provisionen auf Geschäften, die sich nicht in Ordnung abwickelten, zusammen
Fr. 481. 65	auf den Betrag von *Fr. 465. 40*

reduzirt; der Beklagte verlangte aber, daß von diesem Betrag weiter in Abzug zu bringen seien 10 % des Nettogewinnes auf den von ihm vermittelten Detailverkäufen in Portland- und Grenoble-Cement. Schließlich einigten sich die Parteien dahin, daß Kläger seine Rechnung um weitere Fr. 65. 55 reduzirt, wogegen der Beklagte die Restforderung von Fr. 400 anerkennt.

Von diesem Betrag wird laut der Weisung Zins gefordert seit 1. Januar 1887; dagegen hat der Kläger heute erklären lassen, er beanspruche von der Conventionalstrafe nur Zins vom Datum der Weisung an.

Entscheidungsgründe:

1. Es steht thatsächlich fest, daß der Beklagte dem im Anstellungsvertrag enthaltenen Konkurrenzverbot zuwidergehandelt hat, indem er auf hiesigem Platz ein dem klägerischen gleichartiges Geschäft gründete. Er bestreitet aber in erster Linie die Gültigkeit dieser Vertragsbestimmung, allein mit Unrecht. Die Einrede, daß eine derartige Bestimmung unmoralisch und deshalb nicht zu schützen sei (Art. 17 O.-R.), ist von den Gerichten stets zurückgewiesen worden, da wo die Konkurrenzklausel nach Zeit und Ort beschränkt war (Vergl. Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen Bd. II. pag. 293 Erwäg. 2 und die dort angeführten Entscheide) und dies ist hier der Fall.

2. Der Beklagte nimmt ferner den Standpunkt ein, daß das Konkurrenzverbot nur für den Fall verstanden gewesen sei, als er freiwillig aus dem Geschäfte austrete, nicht aber für den Fall, daß der Kläger ihn entlasse. Was zunächst den Wortlaut des § 6 des Vertrages anbetrifft, so ist allerdings nur vom „Austritt aus dem Geschäfte" die Rede. Es darf jedoch diesem Ausdruck nicht die Bedeutung beigemessen werden, welche der Beklagte hineinlegen will. Richtig ist vielmehr, daß damit überhaupt die Beendigung des Dienstverhältnisses bezeichnet wird, sei es nun, daß der Angestellte aus freiem Entschlusse oder auf Kündigung hin den Dienst verlasse. Das Wort „Austritt" ist gleichbedeutend mit „Ausscheiden"; auf den Grund des Aufhörens des Anstellungsverhältnisses ist in keiner Weise zu schliessen. Es kann um so weniger ein Zweifel darüber obwalten, daß die Worte „beim Austritt aus dem Geschäft" jene allgemeine Bedeutung haben, als in den vorangehenden Paragraphen die Art und Weise der Kündigung besprochen worden war, und es sich nun darum handelte, die Zeit zu bestimmen, während welcher es dem Beklagten untersagt sein soll, ein Konkurrenzgeschäft zu gründen oder in ein solches einzutreten. Uebrigens ist ja auch die Conventionalstrafe nicht sowohl vom Austritt aus dem Geschäfte als vom Eintritt in ein Konkurrenzgeschäft oder die Gründung eines gleichartigen Geschäftes abhängig gemacht worden. Der Kläger hat mit Recht darauf hingewiesen, daß er nach der Auffassung der Beklagten sich vollständig dessen Willkühr überliefert hätte.

3. Steht somit fest, daß der Beklagte die Conventionalstrafe unter allen Umständen verwirkt hat, so kann es sich nur noch fragen, ob die vorliegenden Verhältnisse eine Reduktion derselben rechtfertigen. Nun erscheint in der That die stipulirte Summe von Fr. 4000 als eine übermäßige, wenn berücksichtigt wird, daß der Beklagte nur eine fixe Besoldung von Fr. 1800 hatte, wozu unbestrittenermaßen noch Provisionen im Betrage von höchstens Fr. 500 kamen, sowie daß ihm die Aufbesserung des Salärs nur ein Jahr lang zu Gute gekommen ist. Es fällt nämlich in diesem Zusammenhang in Betracht, daß die Kündigung in der Weise, wie sie erfolgt ist und begründet wird, keineswegs gerechtfertigt erscheint. Was der Kläger dem Beklagten in der Hauptsache zum Vorwurfe macht, hängt ja gerade mit dem Verhalten zusammen, aus welchem die Verpflichtung zur Zahlung der Conventionalstrafe hergeleitet wird, nämlich die Kundgebung der Absicht, ein Konkurrenzgeschäft zu eröffnen. Nun hätte aber der Kläger auf Grund der Conventionalstrafbestimmung die Verwirklichung dieser Absicht ruhig abwarten können, vorher hatte er keine Veranlassung und kein Recht, dem Beklagten schwere Pflichtverletzungen vorzuwerfen, wie in § 5 des Vertrages für eine 6wöchentliche Kündigung vorausgesetzt wird; um die Nichtbeachtung

von Vorschriften des Geschäftsherrn, wovon dort weiter die Rede ist, handelt es sich ja hier nicht. — Die übrigen Zulagen, welche dem Beklagten gemacht werden, um die Kündigung zu rechtfertigen, daß er nämlich statt die Kunden zu besuchen, herumgebummelt und in den Wirthshäusern gesessen sei, sind bestritten und zu wenig substantiirt worden, als daß auf diese Vorbringen viel Gewicht gelegt werden könnte. Die Geldangelegenheit mit Cementier Ganz in Töß ist nicht genügend aufgeklärt, um dem Beklagten den Vorwurf der Veruntreuung machen zu können und liegt überdies zeitlich soweit zurück, daß sie nicht wol als Kündigungsgrund angesehen werden kann.

Der Kläger hat ferner nichts dafür beigebracht, daß im Baumaterialienhandel besondere Geschäftsgeheimnisse vorkommen und zu verrathen seien. Es kann sich also nur um das Preisgeben der Kenntniß der Bezugsquellen und um den Entzug von Kunden handeln. Nun ist aber die Konkurrenz in dieser Branche ohnehin groß und die Entdeckung der Bezugsquellen von Cement, Kalk, Gips u. drgl. gewiß nicht so schwierig, daß hierin ein besonderer Nachtheil für den Kläger erblickt werden könnte. Uebrigens hat ja der Kläger dadurch, daß er das Anstellungsverhältniß kurzer Hand kündigte, zu erkennen gegeben, daß er die fachmännische Tüchtigkeit und demnach Konkurrenzfähigkeit des Beklagten nicht so hoch anschlage. Aus allen diesen Gründen dürfte sich die Ermäßigung der Conventionalstrafe auf einen Viertheil rechtfertigen.

4. Ueber die weitern aus dem Anstellungsverhältniß herrührenden Ansprüche des Klägers herrscht ein Streit nicht mehr; ebenso ist die Berechtigung des Klägers, Verzugszinse zu fordern und zwar von den anerkannten 400 Fr. seit 1. Januar 1887 und von der gutgeheißenen Conventionalstrafe vom 5. November 1887, als dem Tage der Weisung an, nicht bestritten.

Schluss.

1. Der Beklagte ist schuldig, an den Kläger 1400 Fr. nebst Zins à 5 % von 1000 Fr. vom 5. November 1887 und von 400 Fr. vom 1. Januar 1887 an zu bezahlen; mit seiner Mehrforderung wird der Kläger abgewiesen.
2. Die Staatsgebühr ist auf 120 Fr. festgesetzt.
3. Die Prozeßkosten sind den Partheien zu gleichen Theilen aufgelegt.
4. Mittheilung.

Frachtvertrag.

Haftpflicht des Frachtführers für die Beschädigung des Frachtgutes auf dem Transporte (Art. 457 und 458 des O.-R.)

Die Haftung des Frachtführers für die Folgen äusserlich erkennbarer Mängel der *Verpackung* bei vorbehaltsloser Uebernahme des Frachtgutes muß in analoger Anwendung des Art. 452 O.-R. ausgedehnt werden auf die Folgen äußerlich erkennbarer Mängel der vom Versender besorgten *Verladung*.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 26. Mai 1888.

Der Inhaber einer Tafelglashandlung verlegte sein Geschäft von der Conradstraße in Außersihl an die Waldmannstraße in Zürich. Den Umzug der Glaswaaren übertrug er dem Spediteur Specht-Fuog unter Zusicherung eines angemessenen Frachtlohnes, jedoch in der Weise, daß er das Aufladen der Waaren auf die bereit gestellten Wagen selbst besorgte. Darüber, wem das Binden der verladenen Waaren obgelegen habe, ob dem Absender und Verlader oder dem Frachtführer, gehen die Partheien auseinander. Der Versender sagt, daß der Frachtführer dafür zu sorgen gehabt habe und der letztere behauptet, daß dieß Sache des erstern, weil zum Verladen gehörend, gewesen sei. Das Ziehen dauerte vom Oktober 1887 bis gegen Ende Januar 1888 und Alles ging gut bis zu der letzten Fuhre, die am 28. Januar 1888 ausgeführt wurde. Als Transportmittel, auf welches an diesem Tage der Rest der Waaren zu verladen war, ließ Specht-Fuog einen Bruggwagen vor das Magazin des Versenders

stellen und der letztere, beziehungsweise seine Angestellten besorgten das Aufladen. Die Hauptgegenstände, die verladen wurden, waren eine Kiste mit Tafelglas, plazirt auf der linken Seite des Wagens und zwischen dieser und einer zweiten Kiste, in Strohwickeln ruhend, eine Parthie Dachglas. Während nun der Versender und seine Angestellten beim Mittagessen waren, erschien ein Knecht des Frachtführers und holte den beladenen Wagen ab; er fuhr gegen den Bahnhof, über die Bahnhofbrücke und den Seilergraben hinauf. Da wo dieser in den Hirschengraben mündet und die Straße etwas umbiegt, fiel nun aber die mit Tafelglas gefüllte Kiste ab dem Wagen und wurde dadurch ihr Inhalt beinahe ganz zerstört, ebenso ging ein Theil des Dachglases zu Grunde. Der dadurch verursachte Schaden erreicht die Summe von 345 Fr. 35 und für diesen Betrag belangte der Versender den Frachtführer, dieser bestritt aber die Schuldpflicht und so kam es zum Prozeß. Der Kläger behauptete, daß sich der Wagen bei der Einmündung in den Hirschengraben nicht auf der normalen Fahrbahn bewegt habe, sondern in den Graben (Straßenschale) gerathen sei, auch sprach er davon, daß der Fuhrmann denselben habe anstoßen lassen. Das letztere wurde vom Beklagten speziell, im Uebrigen aber bloß allgemein bestritten, daß der Fuhrmann ungehörig gefahren sei und zur Erklärung des Vorganges bemerkt: „An der betreffenden Stelle besteht eine Unebenheit, der Wagen „hotterte“ deßwegen allerdings etwas und so entstand der Unfall.“ Ob die Ladung gebunden war, will der Kläger nicht wissen, woraus man schließen müßte, daß er selbst nicht gebunden habe. Der Beklagte hat ebenfalls nicht gebunden, dagegen behauptet er zweitinstanzlich, daß vom Kläger gebunden worden sei, aber nicht richtig. Sein Hauptstandpunkt war aber der, daß die vom Kläger laut Vertrag ausgeführte Verladung eine schlechte gewesen sei, indeßen unterließ er es, die Mängel der Verladung anzugeben, sondern begnügte sich mit der allgemeinen Behauptung, an die ein ebenso allgemeines Beweisanerbieten geknüpft wurde. Einzig *die* spezielle Bemerkung ist in seinem Vertrag zu finden, daß das Glas ohne die nötigen Zwischenlager geschichtet gewesen sei. Daneben producirte er einen stadtammannamtlichen Bericht über die Verladung der Waaren am *31.* Januar (also 3 Tage nach dem Unfall), der aber deßwegen ohne alle Bedeutung ist, weil dieß nicht die ursprüngliche, vom Kläger besorgte, sondern eine Verladung der bereits zerstörten Waaren war, die Beklagter selbst vorgenommen hatte.

Die Klage wurde von beiden Instanzen gutgeheissen.

Gründe:

1. Die Parteien sind einig darüber, daß der in Frage kommende Vertrag als Frachtvertrag zu qualifiziren sei. Es hat sich namentlich der Beklagte selbst und zwar sowohl erst- als zweitinstanzlich ganz ausdrücklich auf diesen Standpunkt gestellt, also sein Einverständniß damit erklärt, daß die Frage seiner Haftpflicht nach den Grundsätzen des Frachtvertrages beurtheilt werde und er hat wohl daran gethan, weil das Gericht diesen Standpunkt auch im Falle einer Bestreitung hätte einnehmen müssen Angesichts der thatsächlichen Feststellung, daß die Uebernahme des Transportes von Sachen gegen Vergütung (Art. 449 des O.-R.) den Gegenstand des Vertrages gebildet hat und daß dieselbe, was zwar nicht nothwendig, aber für die concrete Beurtheilung des Vertragsverhältnisses doch nicht ganz unerheblich ist, von Seite einer Person erfolgt ist, die sich mit dem Gewerbe eines Frachtführers gewerbsmäßig befaßt.

2. Es besteht nun kein Streit darüber, daß das Frachtgut während des Transportes theilweise zerstört und dem Kläger dadurch ein direkter Schaden im eingeklagten Betrage zugefügt worden ist, damit aber ist nach den Artikeln 457 und 458 des O.-R. das Klagefundament an sich gegeben und kann der Beklagte nur aufkommen, wenn er das Vorhandensein eines der in diesen Gesetzesstellen vorgesehenen Befreiungsgrundes nachweist. Nun hat er bloß einen dieser Befreiungsgründe geltend gemacht, nämlich den, daß die Beschädigung des Frachtgutes durch ein Verschulden des Absenders selbst verursacht worden sei und nach den thatsächlichen Ver-

hältnissen des Falles kann in der That auch nur dieser in Frage kommen. Er trifft aber ebenfalls nicht zu.

3. Erst zweitinstanzlich hat der Beklagte die Art der Bindung des Frachtgutes durch den Kläger bemängelt, allein diese Bemängelung ist verspätet, überdem Mangels jeder Substantiirung unbeachtlich und zu allem Ueberfluß für sich allein rechtlich unerheblich. Angenommen nämlich auch, das Binden des Frachtgutes habe zu dem vom Kläger übernommenen Verladen gehört und sei somit zunächst ihm obgelegen, so würde er doch nur dann für einen bezüglichen Mangel aufzukommen haben, wenn derselbe äußerlich nicht erkennbar gewesen wäre und das ist nicht einmal behauptet worden. Diese Ansicht gründet sich auf den Art. 452 d. O.-R. Zwar spricht diese Gesetzesstelle nur von der Verpackung des Frachtgutes und das Binden desselben wird kaum dazu gerechnet werden können, allein daraus folgt höchstens, daß die *direkte* Anwendung derselben ausgeschlossen ist, dann aber muß unzweifelhaft ihre analoge Anwendung Platz greifen, weil die Ratio legis, daß der Frachtführer wissen müsse, was zur gehörigen Verpackung des Frachtgutes nothwendig sei und deßhalb censirt sei, den Absender auf äußerlich erkennbare Mängel aufmerksam zu machen, mit der Wirkung, daß wenn er dieß unterlasse und das Frachtgut ohne Vorbehalt annehme, die Verantwortlichkeit für die Folgen dieser Mängel auch ihn allein treffe, — mindestens ebenso, wo nicht in höherm Maße, auf die Verladung des Frachtgutes und was damit zusammenhängt, zutrifft. Der Ausdruck: „Verpackung“ darf überhaupt ohne alles Bedenken mit dem Ausdruck: „Verwahrung“ identifizirt werden und zu dieser gehört auch die Verladung. Speziell die Beurtheilung der Bindung des Frachtgutes darf gewiß vorzugsweise dem Frachtführer zugemuthet werden und es ist keine Rede davon, daß er Frachtgut, welches gar nicht oder sichtbar fehlerhaft gebunden ist, ohne jede Verantwortlichkeit übernehmen dürfe, sich damit vertröstend, daß der Absender die Sorge für fragliche Manipulation übernommen habe. Er muß vielmehr prüfen, sichtbare Mängel dem Absender bekannt geben und wenn sich dieser nicht belehren lassen will, einen Vorbehalt machen.

4. Der Beklagte hat ferner von mangelhafter Verladung gesprochen. Es könnte sich fragen, ob darunter nur die Plazirung der einzelnen Frachtstücke auf oder in dem Transportmittel beziehungsweise die Anordnung dieser Plazirung oder aber auch diejenigen Vorkehrungen zu verstehen seien, welche zum Schutze der einzelnen Frachtstücke erforderlich sind, wie das Anbringen von Verkleidungen, Einhüllen mit Stroh, Ausfüllen von Zwischenräumen mit weichem Material etc., oder ob diese Vorkehrungen richtiger zur Verpackung gerechnet werden. Die erstere Annahme scheint richtiger zu sein, allein die Frage kann füglich unentschieden gelassen werden. Der Beklagte hat es unterlassen, die allgemeine Behauptung der mangelhaften Verladung irgendwie zu specialisiren und es kann schon aus diesem Grunde keine Rücksicht darauf genommen werden. Das Beweismittel der Zeugen für eine so allgemeine Behauptung ist untauglich, denn dieselben müßten nicht über bestimmte Wahrnehmungen aussagen, sondern ein Urtheil abgeben und eine Expertise anzuordnen, ist deßwegen unmöglich, weil der Beklagte nicht einmal gesagt hat, wie verladen worden sei. Der *Kläger* hat dieß angegeben, es ist aber seine Darstellung nicht anerkannt worden und eine selbständige hat der Beklagte nicht gemacht. Der Bericht des Stadtammannamtes vom 31. Januar könnte einer Expertise deßwegen nicht zu Grunde gelegt werden, weil er sich nicht auf die ursprüngliche, sondern auf eine neue, vom Beklagten nach dem Unfall selbst angeordnete Verladung bezieht. Einzig *die* Specialisirung ist erfolgt, daß behauptet wurde, das Glas sei ohne die nöthigen Zwischenlager geschichtet worden, aber welches Glas, ob das Tafelglas in der Kiste oder das Dachglas außer derselben, hat man wieder nicht gesagt und übrigens würde es auch am Nachweis des Kausalzusammenhanges zwischen einem dießbezüglichen Mangel und dem Unfall fehlen, wie denn überhaupt die Frage des Kausalzusammenhangs zwischen den Rügen des Beklagten und dem Unfall von ihm ganz außer Acht gelassen worden ist, was um so nachthei-

liger für ihn sein muß, als er selbst zugibt, daß eine schwierige Stelle auf dem Transportwege den Unfall verursacht habe, wofür aber an sich er und nicht der Versender aufzukommen hat. Endlich ist die Einrede der mangelhaften Verladung auch deßwegen ohne alle Bedeutung, weil gar nicht behauptet wird, daß es sich um äußerlich *nicht* erkennbare Mängel gehandelt habe und noch viel weniger ein Beweis dafür geleistet ist, währenddem, da das Frachtgut ohne Vorbehalt angenommen wurde, nach den Ausführungen in Erwägung 3 nur eine derartige Feststellung von Bedeutung wäre.

5. Ist es hienach dem Beklagten nicht gelungen, einen Haftbefreiungsgrund im Sinne der Art. 457 und 458 des Obl.-R. nachzuweisen, so muß er für den eingeklagten Schaden aufkommen.

Beschlüsse
des
Obergerichtes Zürich
vom 28. Juni 1888

betr. die Berechnung notarialischer Staatsgebühren und die Bedeutung der der Finanzdirektion gemäß dem § 19 des Notariatsgesetzes vom 24. Dezember 1873 bezüglich dieser Berechnung zustehenden Controlle. Diese begründet *kein* Rekursrecht der Finanzdirektion bezüglich der von den Notaren berechneten Staatsgebühren.

I.

Das Obergericht

in Ausführung seines Beschlußes vom 30. Januar 1887, durch welchen nachfolgende Anweisungen an die Notariatskanzleien, weil im Widerspruch stehend zu den Ausführungen des Kassationsgerichtes in dem Entscheide desselben vom 21. September 1885 in Sachen der Firma Baumann älter & Cie. in Zürich gegen den zürcherischen Fiscus — aufgehoben worden sind:

1. die durch den dießseitigen Beschluß vom 19. August 1880 zunächst der Notariatskanzlei Höngg ertheilte Wegleitung (abgedruckt im Rechenschaftsberichte des Obergerichtes vom Jahre 1880, Seite 75);

2. die auf Gesuch der Finanzdirektion unterm 17. September 1881 den Notaren ertheilte Instruktion bezüglich der Berechnung der Staatsgebühr bei Aenderungen der Antheilhaber einer Firma (abgedruckt im Rechenschaftsberichte des Obergerichtes für das Jahr 1881, Seite 84);

3. die durch das Kreisschreiben vom 2. Februar 1884 betreffend Berechnung der Staatsgebühr für Protokollirung von Aenderungen im Bestande der Antheilhaber einer Commandit- oder Collectivgesellschaft erlassene Anweisung (abgedruckt im Rechenschaftsberichte für 1884, pag. 87 I);

beschliesst:

1. Die Notare haben bei Fertigungen betreffend Liegenschaften, welche einer Firma zustehen, zwar lediglich diese als betheiligtes Rechtssubject (Käufer, Verkäufer, Gläubiger, Schuldner u. s. w.) zu behandeln ohne Rücksicht auf die, die Firma bildenden Antheilhaber der Gesellschaft. (Siehe Obl.-R. Art. 559 und 597.)

Wenn aber gemäß den Bestimmungen des Obligationenrechtes eine Gesellschaft in Folge des Eintrittes neuer Gesellschafter die Firma geändert hat, so dürfen Rechtsgeschäfte, welche die neue Firma über ihre Liegenschaften abschließt, nicht gefertigt werden, bevor eine Zufertigung derselben von der frühern an die neue Firma erfolgt ist. Für diese letztere Fertigung ist jeweilen die gewöhnliche Handänderungsgebühr von dem ganzen Werthe der Liegenschaften zu beziehen.

2. Die Notare haben da, wo Aenderungen von Firmen, welche Grundeigenthum besitzen, nur zu dem Zwecke stattfinden, um der Vorschrift des Artikels 902 des Obligationenrechtes Genüge zu leisten, für den zu protokollirenden Vormerk lediglich gemäß Zif. 11 des § 26 des Notariatsgesetzes vom 14. Dezember 1873 eine Gebühr von 30 Rp. zu beziehen. Ebenso in Fällen, wo Vormerknahme von Aenderungen im Bestande der Antheilhaber von Handelsgesellschaften nachgesucht wird, welche möglich sind, ohne daß eine

neue Firma gewählt werden muß (wo es sich also nicht um Handänderungen betreffend Liegenschaften von Firma an Firma oder von Firmen an einzelne Personen handelt).

3. Im Fernern ist der Finanzdirektion, den Bezirksgerichten und den Notaren zur Kenntniß zu bringen, daß das Obergericht nach einläßlicher Diskussion sich dahin schlüssig gemacht hat, daß der Finanzdirektion als Vertreterin des Fiscus ein Rekursrecht mit Bezug auf Staatsgebühren, welche nach ihrer Ansicht von den Notaren unrichtig berechnet und bezogen worden sind, nicht zustehe, somit die in den dießseitigen Beschlüssen vom 24. Dezember 1887 und 18. Februar 1888 niedergelegte Auffassung nicht weiter aufrecht erhalten werde. Das Obergericht geht hiebei davon aus, es sei Sache der Notare als Staatsorgane, die Interessen des Staates zu wahren; und wenn sie das Gesetz im einzelnen Falle zu Ungunsten des Fiskus anwenden, komme es den Aufsichtsbehörden zu, Solches zu rügen und unter Umständen den fehlbaren Notar zur Rechenschaft zu ziehen; als Aufsichtsbehörden seien aber nur die Bezirksgerichte und das Obergericht anzusehen und könne mithin die durch § 19 des Notariatsgesetzes vom Jahre 1873 der Finanzdirektion eingeräumte Kontrolle nur darin bestehen, daß dieselbe Kenntniß nehmen dürfe von der Art, wie die Bestimmungen des Gesetzes betreffend die Staatsgebühren angewendet werden, um nöthigenfalls bei den Gerichten auf Abhülfe zu dringen oder den fehlbaren Beamten wegen des dem Fiskus allfällig erwachsenen Schadens zu belangen. Da die Notare als Organe im Auftrage des Staates handeln, so gehe es auch nicht an, dem Staate gegenüber Handlungen seiner eigenen Beauftragten und Stellvertreter ein Rekursrecht einzuräumen, es wäre denn, daß dieß ausdrücklich im Gesetze stipulirt wäre. Dieß sei jedoch nicht der Fall.

II.

Das Obergericht

veranlaßt durch einen Spezialfall betreffend die von den Notaren zu beziehende Staatsgebühr bei Uebertragung von Liegenschaften auf einen Erben nach vorher gegangenem Erbauskaufsvertrage

hat aus folgenden Gründen:

1. Durch Beschluß vom 30. Dezember 1878 wurden die Notare angewiesen, bei Fertigung von Auskaufs- und Ausrichtungsverträgen lediglich Ziffer 4 des § 34 des Notariatsgesetzes vom Dezember 1873 anzuwenden in der Meinung, daß die in § 26 Ziffer 1 erwähnte Handänderungsgebühr nur bezogen werden solle, wo an den Auskaufsvertrag ein weiteres Rechtsgeschäft unter Lebenden sich anschliesse (z. B. Zustellung des Gewerbes, Abtretung desselben an einen der Auskäufer u. s. w.), wo dagegen die Liegenschaften den Auskäufern verbleiben und lediglich eine sogenannte Gewerbezustellung erfolge, nur die Gebühr eines Vormerkes bezogen werden solle.

2. Mit Beschluß vom 31. Dezember 1879 wurde ergänzend beigefügt, wenn dem Notar von den Erben eines verstorbenen Grundeigenthümers zur Kenntniß gebracht werde, daß die Liegenschaften in Folge eines nicht zu Protokoll fallenden Auskaufsvertrages auf Auskäufer übergegangen seien, müsse bei dem dießfälligen Vormerke, weil durch den Auskaufsvertrag eine Handänderung unter Lebenden stattgefunden habe, die Staatsgebühr vom Werthe der übertragenen Liegenschaften bezogen werden, abzüglich des der Erbsquote des Auskäufers entsprechenden Betrages.

3. Unterm 30. Juni 1883 wurden endlich die Notare angewiesen, da, wo nach dem Tode eines Grundeigenthümers die Erben erklären, daß sie bereits bei Lebzeiten des Erblassers einen Auskauf abgeschlossen haben, und nun verlangt wird, daß durch bloßen Vormerk die Liegenschaften dem oder den Auskäufern zugeschrieben werden, hiefür die Staatsgebühr nach dem Werthe der abgetretenen Liegenschaften zu beziehen.

4. In dieser allgemeinen Fassung geht nun aber letztere Anweisung zu weit. Der Notar wird vielmehr im einzelnen Fall, wenn ihm vorgebracht wird, daß bereits bei Lebzeiten ein Auskaufsvertrag abgeschlossen worden sei, für die verlangte Uebertragung der Liegenschaften auf den Auskäufer da die Gebühr

für einen bloßen Vormerk beziehen, wo ihm der Abschluß eines solchen Vertrages in jener Zeit dargelegt werden kann; denn in diesen Fällen haben die Mitkontrahenten beim Auskaufe demselben nicht Eigenthum resp. Miteigenthum, sondern nur ihre Ansprüche auf eine zukünftige Verlassenschaft (§ 2140 des frühern, § 1079 des jetzigen privatrechtlichen Gesetzbuches) übertragen, während das Eigenthum fortwährend in der Hand dessen verbleibt, auf dessen einstigen Nachlaß der Auskauf sich bezieht; beim Tode desselben erwirbt dann der Auskäufer die Liegenschaften des Erblassers nicht als Auskäufer, sondern vermöge seines Erbrechtes und daher genügt die Uebertragung an ihn in der Form eines bloßen Vormerkes. Wo dagegen der behauptete frühere Auskaufsvertrag dem Notar nicht nachgewiesen werden kann, dieser vielmehr anzunehmen Grund hat, es sei solcher noch nicht, oder erst seit dem Tode des Erblassers abgeschlossen worden, es werde aber der wahre Sachverhalt von den Betheiligten verschwiegen, um der höhern Staatsgebühr zu entgehen, welche bezogen werden muß, wenn die letztere das ihnen in Folge des Todes des Erblassers angefallene Eigenthum dem Auskäufer übertragen wollen, ist nicht die Gebühr eines sogenannten Erbfolgevormerkes zu beziehen, sondern eine nach dem Werthe der abgetretenen Liegenschaftenantheile zu bemessende Staatsgebühr, denn es handelt sich hier um Uebertragung von Grundeigenthum, welches allen Erben mit dem Tode des Erblassers zu Miteigenthum angefallen ist, an einen einzelnen oder einzelne Erben, d. h. um ein *lediglich* auf Eigenthumsübertragung gerichtetes Rechtsgeschäft unter Lebenden; —

beschlossen:

1. Die den Notaren unterm 30. Juni 1883 ertheilte Anweisung wird im Sinne der Ausführungen dieses Beschlusses modifizirt.

2. Hievon ist der Finanzdirektion, den Bezirksgerichten und sämmtlichen Notariatskanzleien Kenntniß zu geben.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. August 1888. VII. Band. № 15.

Schweizer Blätter für

Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.

Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.

Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Erbrechtliches.

Streit über die Frage, ob der mit dem Legat der lebenslänglichen Nutznießung an der ganzen reinen Verlassenschaft des Erblassers testamentarisch bedachte Ehegatte neben dieser Nutznießung gestützt auf sein gesetzliches Erbrecht auch noch eine Quote des Nachlasses *zu Eigenthum* ansprechen könne.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 16. Juni 1888.

Am 9. Juli 1886 errichtete August Bleuler von Riesbach in Altstetten ein eigenhändiges Testament, in welchem gesagt ist:

„Ich beabsichtige, mich nächster Tage mit Frau Katharina Gomringer geb. Heller zum Kreuz in Hinweil zu verheirathen. Für den Fall nun, als diese Ehe in aller Form Rechtens zu Stande kommt, verordne ich, daß bei meinem Ableben der genannten Frau Gomringer (resp. dannzumal meiner Ehefrau) mein gesammter Nachlaß zur lebenslänglichen ungestörten Nutznießung zukommen soll. Hiebei hat es die Meinung, daß die Nutznießerin berechtigt ist, die von mir zu hinterlassenden Liegenschaften, so lange es ihr convenirt, in natura zu benutzen."

Schon am vierten Tage nach dieser Testamentserrichtung, nämlich am 13. Juli 1886 wurde die beabsichtigte Ehe zwischen dem Testator und der testamentarisch bedachten Frau Gomringer geschlossen. Die Frau zog von Hinweil zum Manne nach Altstetten, wo die beiden die dortige Bahnhofrestauration betrieben.

In Folge eines Unglücksfalles verstarb der Ehemann Bleuler schon am 19. Januar 1887 und zwar mit Hinterlassung seines Bruders Adolf Bleuler als einzigem Intestaterben und der Wittwe Katharina geb. Heller. Zwischen diesen beiden Personen entstand nun Streit über den Umfang der der Wittwe Bleuler am Nachlaß ihres verstorbenen Ehemannes zustehenden Ansprüche. Es kam zum Prozeß und in diesem bildete sodann die Frage einen Hauptstreitpunkt, ob die Wittwe Bleuler gemäß § 1950 des bisherigen privatrechtlichen Gesetzbuches einen Sechstheil des reinen Nachlasses zu Eigenthum und sodann gestützt auf das Testament an den übrigen $^5/_6$ die Nutznießung ansprechen könne oder ob nicht vielmehr eine derartige Cumulation der gesetzlichen und Testamentserbfolge ausgeschlossen sei und der Wittwe nur die Wahl zustehe zwischen der gesetzlichen Statutarportion ($^1/_6$ zu Eigenthum oder die Nutz-

nießung an der Hälfte) und dem Legat der lebenslänglichen Nutznießung am ganzen Nachlaß laut Testament, in der Meinung, daß die Berufung auf das Gesetz diejenige auf das Testament und die Berufung auf das Testament diejenige auf das Gesetz absolut ausschieße.

Die Wittwe nahm den Standpunkt ein, daß der Erblasser ihre *gesetzliche* Erbberechtigung durchaus unberührt habe lassen wollen, er soll dieß bei der Errichtung des Testamentes sogar erklärt haben, wofür Beweis anerboten wurde. Dieß bestritt der gesetzliche Erbe, er machte geltend, der Wille des Erblassers sei dahin gegangen, die Ansprüche der Wittwe an seinem dereinstigen Nachlaße *erschöpfend* zu normiren und nun müsse sie diesen Willen entweder respektiren, also mit blosser Nutznießung verlieb nehmen oder dann auf die testamentarischen Ansprüche überhaupt verzichten und sich mit den gesetzlichen begnügen. Für den Fall als das Gericht eine Cumulation der Ansprüche aus Gesetz und Testament für unzulässig halten sollte, erklärte die Wittwe, sich ans Testament halten und mit der lebenslänglichen Nutznießung an der ganzen Verlassenschaft ohne Eigenthum zufrieden sein zu wollen.

Das Bezirksgericht Zürich gab der Wittwe recht, es sprach ihr also $^1/_6$ des reinen Nachlasses zu Eigenthum und an den übrigen $^5/_6$ die lebenslängliche Nutznießung zu.

Die zweite Instanz (Appellationskammer des Obergerichtes) hob aber dieses Urtheil auf und erkannte, daß die Wittwe nicht gleichzeitig aus Gesetz und Testament, sondern nur aus dem einen oder andern Titel erben könne und da sie unter diesen Umständen den Testamentstitel gewählt habe, ihr nur die Nutznießung an der Verlassenschaft und kein Eigenthum zuerkannt werden dürfe.

Gründe:

1. Die Klägerin hat das Testament anerkannt, verlangt aber außer der ihr darin gemachten Zuwendung noch $^1/_6$ der reinen Verlassenschaft zu Eigenthum gemäß § 1950 des P.-R. G.-B., indem sie geltend macht, der Testator habe beabsichtigt, ihr so viel von seinem Vermögen, als immer möglich zuzuwenden und insbesondere mit der Testamentsbestimmung der gesetzlichen Statutarportion nicht derogiren wollen; während der Beklagte behauptet, durch das Testament seien die Zuwendungen an die Klägerin im ganzen Umfange normirt.

2. Es frägt sich nun in erster Linie, wer hat zu beweisen. Nach der allgemeinen Regel hat die Klägerin zu beweisen. Den ihr obliegenden Beweis dafür, daß der Wille des Testators der gewesen sei, ihr außer der Nutznießung am ganzen Nachlasse noch $^1/_6$ desselben zu Eigenthum zuzuwenden, kann die Klägerin aber nicht erbringen durch einfachen Hinweis auf das Testament und die gesetzliche Bestimmung des § 1950 cit. Dies wäre nur dann gedenkbar, wenn entweder eine Rechtsregel oder eine Gerichtspraxis die Präsumtion der Cumulation von testamentarischen und gesetzlichen Zuwendungen im Zweifel statuiren würden, oder wenn aus der letztwilligen Verfügung selbst dieser Wille des Testators sich mit Sicherheit ergeben würde. Weder im Gesetze noch in der Gerichtspraxis ist aber bisanhin eine solche Präsumtion der Cumulation von gesetzlicher und Testamentserbfolge statuirt worden, vielmehr hat sich die Praxis stets dahin ausgesprochen, daß in dieser Hinsicht der Wille des Erblassers, wie er sich aus dem Testament und möglicherweise aus andern Umständen erkennen lasse, einzig und allein maßgebend sei. (Siehe Zeitschrift XIV S. 246, XIX S. 100, X S. 283, Ullm. Com. No. 2501, 2594 und 2626, Monatschronik VIII S. 46 und Rechenschaftsbericht des Obergerichtes 1882 No. 18.) Diesen Willen hat nun, da er bestritten ist und keineswegs feststeht, die Klägerin zu beweisen.

3. Die Klägerin hat nun allerdings ihren Anspruch in erster Linie auf aus dem Gesetze abgeleitete Rechtsvermuthungen gestützt und behauptet, die testamentarische Verfügung des Erblassers, welche sich nach der Vorschrift des § 2039 des P. G.-B. rechtfertige, schließe die Berufung auf den § 1950 nicht aus, wonach die bedachte Ehefrau nach ihrer Wahl entweder $^1/_6$ des reinen Nachlasses zu eigen oder die Hälfte zur Nutznießung beanspruchen könne. Diese Auffassung ist je-

doch unrichtig. Nach zürcherischem Rechte ist die gesetzliche Erbfolge die Regel; wird dieselbe nun durch Testament alterirt, so kann der Erbe das gesetzliche Erbrecht nur dann neben dem testamentarischen beanspruchen, wenn jenes in diesem inbegriffen bezw. vorbehalten ist. Uebersteigen die testamentarischen Zuwendungen die gesetzlichen Ansprüche des Erben bezw. des Statutarberechtigten, so spricht gegentheils die Vermuthung dagegen, daß der Erblasser neben diesem Mehreren noch die gesetzliche Quote habe zuwenden wollen; bleiben dieselben aber unter dem gesetzlichen Antheil, so wird mit Recht eine Einschränkung der gesetzlichen Ansprüche angenommen und der Bedachte wird seine gesetzlichen Ansprüche im erstern Falle nur bei Verzicht auf die Testamentsrechte und im letztern Falle nur bei erfolgreicher Anfechtung des Testamentes beanspruchen können. Einen Verzicht auf die testamentarische Zuwendung hat die Klägerin nun nicht nur nicht abgegeben, sondern gegentheils erklärt, daß sie eventuell die testamentarische Nutznießung wähle.

4. Gewiß hätte der Erblasser in concreto das Recht gehabt, der Klägerin unbeschadet ihrer Rechte aus § 1950 gemäß § 2039 die Nutznießung an seinem ganzen Vermögen einzuräumen; aber aus dieser Möglichkeit darf nicht ohne weiteres auch die Absicht, dies zu thun, gefolgert werden, wenn man in der Interpretation von letzten Willenserklärungen nicht das gefährliche Gebiet der Vermuthung und der Willkür betreten und die solchen letztwilligen Anordnungen gebührende Achtung bei Seite setzen will. Ebenso wenig schlüssig ist es, daraus, daß ein Testator einer Person bereits mehr zugewendet hat, als sie nach dem Gesetze allein fordern könnte, zu folgern, der Testator habe diesem Bedachten überhaupt so viel zuwenden wollen, als das Gesetz ihm erlaubt habe oder wenigstens noch den Pflichttheil obendrein.

Wenn aus dem Gesetze eine Rechtsvermuthung zu ziehen ist, so ist es eher diese, *dass der Erblasser im Testamente die Erbansprüche der Bedachten voll und umfassend habe ordnen wollen, so weit das Gegentheil nicht ausdrücklich gesagt oder aus den Umständen des einzelnen Falles ersichtlich ist.*

5. Die Klägerin hat geglaubt, ihren Anspruch auch aus den besonderen Verhältnissen nachweisen zu können und sich einmal auf das Testament und sodann auf die persönlichen Verhältnisse des verstorbenen Mannes berufen.

Aus dem Testament kann nun aber nichts zu ihren Gunsten gefolgert werden. Dasselbe ist als Ausnahme von der Regel strenge zu interpretiren. Es sichert der Klägerin die unbeschränkte Nutznießung am Nachlaß und besonders an den Liegenschaften zu, während sie nach dem Gesetze nur alternativ die Nutznießung an der Hälfte oder das Eigenthum an einem Sechstheil hätte beanspruchen können. Das Testament hat ihr also bereits ein Mehreres zugewendet; dabei aber von Eigenthum nichts gesagt und auch der Statutarportion überhaupt mit keiner Silbe erwähnt. Wäre nun die Absicht des Testators dahin gegangen, schon vor der Verehelichung seiner künftigen Frau, so viel von seinem Nachlasse zuzusichern, als möglich, so hätte diese Absicht gewiß ihren Ausdruck im Testamente gefunden. Hätte der Testator diese Bestimmung in einem eigenhändigen Testamente getroffen, so könnte man noch eher im Zweifel sein; sie ist nun aber in einem öffentlichen Testamente niedergelegt und also von einem Beamten redigirt und protokollirt, welcher von Amtes wegen die vollständige und klare Willensmeinung eines Testators zu erforschen hat, welcher an Hand der Praxis ohne Mühe dieser Meinung die richtige Form zu geben weiß und auch die Pflicht hat, den Testatoren über allfällige Irrthümer aufzuklären. Hätte sich nun, wie die Klägerin behauptet und sogar zum Beweise verstellt hat, der Erblasser beim Notar dahin ausgesprochen, daß er der Klägerin außer der Nutznießung am ganzen Nachlaß noch die Statutarportion zuwenden wolle, so hätte der Notar durch Nichtprotokollirung dieses Willens sich einer Amtspflichtverletzung schuldig gemacht. Dieses ist aber ohne triftige Indicien nicht zu präsumiren und vielmehr anzunehmen, daß der im Testament protokollirte Wille auch so erklärt worden sei; dem gegenüber ist aber auf das

klägerische Beweisanerbieten nicht einzutreten. Der Notar hätte auch kein Interesse irgend welcher Art gehabt, die von der Klägerin behauptete Willensäußerung nicht zu protokolliren, denn die Notare sind in solchen Dingen so bewandert, daß ihnen dies keine Mühe verursacht. In concreto hätte der Notar eventuell sicherlich die gerichtsbekannte Formel gebraucht: „unbeschadet ihres gesetzlichen Erbrechtes (§ 1950 des P. G.-B.) vermache ich meiner künftigen Frau gemäß § 2039 des P. G.-B. die Nutznießung an meinem ganzen Nachlaß etc.“

Das Testament wäre aber auch nicht correct, wenn man die klägerische Auffassung theilte, denn der Klägerin konnte dann nur die Nutznießung an $^5/_6$ des Nachlasses bezw. an dem Theile eingeräumt werden, der ihr nicht zu eigen zufiel.

Daß übrigens der Begünstigungswille beim Erblasser nicht in dem Maße vorhanden war, wie die Klägerin glauben machen will, geht wohl am besten daraus hervor, daß das Testament von jeder Eigenthumszuwendung schweigt, während es dem Testator möglich gewesen wäre, der Klägerin das Eigenthum an einem Dritttheil bezw. an demjenigen Theile des Nachlasses zu vermachen, der den Pflichttheil der Erben überstiegen hätte.

6. Mit Unrecht glaubt endlich die Klägerin ihren Anspruch auf die persönlichen Verhältnisse zu ihrem verstorbenen Mann gründen zu sollen. Der Umstand, daß der Mann schon *vor* Eingehung der Ehe ihr gewisse Vortheile testamentarisch zusicherte, oder, wohl richtiger, zusichern mußte, war gewiß kaum geeignet, die bei demselben vorhandene Zuneigung zur Klägerin zu erhöhen; er beweist nicht mehr und nicht weniger, als daß dem Erblasser am Zustandekommen der Ehe gelegen war und daß er bereit war, der künftigen Frau bestimmte Vortheile zuzusichern. Wenn er aber in dieser Zusicherung ein gewisses Maß beobachtet hat, so ist dies sehr begreiflich. Zur Zeit der Testamentserrichtung war er noch nicht mit der Klägerin verheirathet, sie hatte ihm noch nicht diejenigen Dienste geleistet, welche einen Mann veranlassen können, seine Frau in ausgedehnter Weise zu bedenken; sie hatte ihm weder geholfen, sein Vermögen zu erwerben, sie hatte weder Glück noch Unglück mit ihm getheilt, sie hatte ihn weder in gesunden, noch in kranken Tagen gepflegt, sie hatte ihm weder geliebte Kinder geboren und erzogen.

Der Erblasser mußte in allen diesen Richtungen erst noch gewärtigen, ob die Klägerin überhaupt ihre Pflichten kennen und erfüllen werde; zur Zeit der Testamentserrichtung war ihm nur das eine offenbar, daß es der Klägerin bei Eingehung der Ehe vor Allem aus um die Sicherung ihrer ökonomischen Interessen zu thun sei.

Mit Rücksicht auf diese persönlichen Verhältnisse hat der übrigens um 10 Jahre jüngere Erblasser seiner Frau durch Zuwendung des Nießbrauches am ganzen Nachlaß vollauf das zugewendet, was die Klägerin mit einigem Recht erwarten durfte. Wenn behauptet wurde, es sei der Erblasser mit dem Beklagten nicht auf gutem Fuße gestanden und habe deshalb der Frau so viel als möglich zuwenden wollen, so steht ersteres nicht fest und letzteres ist durch das Testament, das ganz anders gegen den Bruder lauten könnte, geradezu widerlegt.

Eine Minderheit des Gerichtes vertrat die Ansicht, daß das erstinstanzliche Urtheil in diesem Punkte hätte bestätigt und somit der Wittwe Bleuler $^1/_6$ des reinen Nachlasses zu Eigenthum und die übrigen $^5/_6$ zur Nutznießung hätten zugesprochen werden sollen. Dieselbe gab diese, ihre abweichende Ansicht, mit folgender Begründung zu Protokoll:

1. Nach § 1950 des P. G.-B. hat die Klägerin nach ihrer Wahl Anspruch auf einen Sechstheil der reinen Verlassenschaft zu Eigenthum oder auf die Nutznießung an der Hälfte derselben. Dieses *gesetzliche* Erbrecht macht dieselbe zunächst und in aller erster Linie geltend und zwar in dem Sinne, daß sie den Sechstheil der reinen Verlassenschaft zu Eigenthum fordert. Daneben verlangt dieselbe die lebenslängliche Nutznießung an den übrigen $^5/_6$ der reinen Verlassenschaft. Dieser Anspruch wird auf das Testament gestützt und kann auch darauf gestützt werden, weil natürlich in dem Vermächtniß der lebenslänglichen

Nutznießung an der *ganzen* Verlassenschaft auch das Vermächtniß dieses Anspruches an einem Theile derselben liegt.

2. Der auf das gesetzliche Erbrecht gegründete Anspruch auf einen Sechstheil der reinen Verlassenschaft zu Eigenthum kann der Klägerin nur versagt werden, wenn ein absolut klarer Ausschluß desselben durch das Testament vorliegt und dieß ist dann der Fall, wenn das letztere eine klare Kundgebung des erblasserischen Willens dahingehend enthält, daß Klägerin nur die Nutznießung an der Verlassenschaft, dagegen kein Eigenthum beanspruchen dürfe, daß mit andern Worten ihre erbrechtlichen Ansprüche mit der Nutznießung an der ganzen Verlassenschaft voll und ganz befriedigt sein sollen. In diesem Falle ist das Vermächtniß der Nutznießung gleichsam an die Bedingung geknüpft, daß die Wittwe auf das ihr gesetzlich eingeräumte Wahlrecht, einen Sechstheil der Verlassenschaft zu Eigenthum zu verlangen, verzichte und das hat zur Folge, daß sie entweder die Bedingung erfüllen oder die Ansprüche aus dem Testament fallen lassen muß.

3. An einer Willenserklärung des Erblassers in diesem letztern Sinne, daß das Legat der lebenslänglichen Nutznießung an die Bedingung des Verzichtes auf die Geltendmachung des aus dem § 1950 folgenden Wahlrechtes geknüpft sei, beziehungsweise daß die Wittwe nur Nutznießung und kein Eigenthum haben solle, fehlt es nun aber durchaus. Allerdings spricht das Testament nur von Nutznießung, allein daraus kann gewiß nichts weiter gefolgert werden, als daß der Erblasser seiner Frau nicht mehr Eigenthum zuwenden wollte, als sie nach dem Gesetz beanspruchen könne bezw. daß er über die Frage, ob und welche Quote dieselbe als Eigenthum soll beanspruchen können, einfach das Gesetz entscheiden lassen wollte. Auch wenn der Wille des Testators einfach der war, daß seine Frau jedenfalls und unter allen Umständen die Nutznießung an der ganzen Verlassenschaft haben soll, so mußte er sich, so wie geschehen, ausdrücken. Freilich hätte er extra sagen können, die gesetzlichen Ansprüche sollen vorbehalten sein, allein aus dem Nichthinzufügen eines solchen Satzes darf nicht auf den Willen geschlossen werden, daß die Ansprüche der Wittwe mit der lebenslänglichen Nutznießung erschöpft sein oder besser gesagt, daß dieselbe nur Nutznießung und unter keinen Umständen Eigenthum haben, daß sie nur aus dem Testament und nicht daneben auch noch aus Gesetz erben soll. Der Erblasser mochte es für selbstverständlich erachten, daß die gesetzlichen Ansprüche aufrecht bleiben so lange er dieselben nicht ausschließe bezw. so lange er nicht ausdrücklich sage, daß sie in der testamentarischen Zuwendung eingeschlossen, mit der Acceptation derselben consumirt sein sollen. Von dieser letztern Auffassung aber muß jedenfalls der Richter ausgehen, er darf die im Gesetze vorgesehenen Ansprüche nicht negiren, so lange nicht feststeht, daß sie im Falle der Geltendmachung des Testamentes ausgeschlossen sein sollen. Das Letztere darf nicht vermuthet werden, um so weniger, als die nächstliegendste und natürlichste Annahme doch wohl die ist, daß eine testamentarische Zuwendung an Jemanden, dem schon das Gesetz gewisse Ansprüche zuweist, nicht den Zweck hat, diese letztern zu ersetzen, sondern zu ergänzen, zu erweitern.

4. Im vorliegenden Falle hat diese Annahme um so grössere Berechtigung, als das Testament nicht während, sondern *vor* der Ehe errichtet wurde offenbar zu dem Zwecke, die Klägerin zur Eingehung der Ehe zu bewegen. Diesen Zweck aber glaubte der Erblasser doch wohl am ehesten zu erreichen, wenn er seiner Verlobten so viel als möglich zuwendete. Dabei mußten wohl ihre persönlichen Verhältnisse den Ausschlag geben. Die Klägerin betrieb schon vor ihrer Wiederverehelichung ein eigenes Geschäft und es lag gewiß für den Testator am nächsten, daran zu denken, daß nach seinem Ableben wieder am besten für die Klägerin gesorgt sein werde, wenn ihr eine gewisse Quote seines Vermögens zu eigen zufalle, über welches sie behufs Gründung oder Weiterbetrieb eines Geschäftes frei verfügen könne. Diese Betrachtung lag für den Testator, angesichts der bisherigen Beschäftigung und Neigung der letztern und ihrer Rüstigkeit offenbar viel näher als die andere, ihr durch Zuwendung der

Nutznießung an seinem ganzen übrigen Vermögen ein sorgenfreies Alter zu sichern.

5. Auch der übrige Inhalt des Testamentes gibt keine Anhaltspunkte für eine gegentheilige Willensmeinung des Testators an die Hand. Dasselbe enthält keine anderweitigen Dispositionen, der Testator hatte nicht die Absicht, das Schicksal seines ganzen Nachlasses zu ordnen und es kann daher nicht behauptet werden, er habe der Klägerin nur die Nutznießung, seinem Intestaterben aber das ausschließliche Eigenthum an seinem Vermögen sichern wollen.

6. Auf Grund dieser Ausführungen hätte die Appellation des Beklagten bezüglich des ersten Beschwerdepunktes verworfen und das erstinstanzliche Urtheil bestätigt werden sollen.

Anmerkung der Redaktion. Wir theilen die Ansicht der Minderheit. Sowohl die Urtheilsbegründung als die Begründung des Minderheitsantrages lassen unschwer erkennen, daß sie den Schwerpunkt nicht in der Würdigung concreter Verhältnisse, sondern in der grundsätzlichen Auffassung der Frage erblicken. Gerade und vorzugsweise in dieser Richtung aber scheint uns der Standpunkt der Minderheit den Vorzug zu verdienen. Die Erwägung 1 der Urtheilsbegründung stellt die Sache so dar, als ob Wittwe Bleuler ihren Anspruch auf einen Sechstheil des reinen Nachlasses zu Eigenthum nicht auf das Gesetz, sondern ebenfalls auf das Testament beziehungsweise auf die Behauptung stütze, daß der Testator ihr neben der Nutznießung auch noch Eigenthum habe vermachen wollen, oder mit andern Worten, daß seine Willensmeinung dahin gegangen sei, es sollen ihre Rechte aus dem Gesetze gewahrt bleiben und kommt so im Eingange von Erwägung 2 zu dem Schlusse, daß die Ansprecherin diese Willensmeinung als Klagefundament zu beweisen habe. Diese Auffassung ist nun aber wohl eine irrthümliche. Unseres Erachtens stellt sich die Sache vielmehr so, daß die Wittwe Bleuler ihren Eigenthumsanspruch, wie sie auch gar nicht anders kann, nur auf das Gesetz und überall nicht auf das Testament stützt, das Gesetz aber gibt ihr den Anspruch und damit ist die Sache für sie gewiß zunächst geregelt. Das Testament wird bloß mit Bezug auf den Nutznießungsanspruch an den übrigen fünf Sechstheilen in Anspruch genommen und gewiß ist auch das ohne Weiteres möglich und zulässig, weil im Vermächtniß der Nutznießung am ganzen Nachlaß auch das Vermächtniß der Nutznießung an einem Theile desselben liegt. Wenn dieser Argumentation aber entgegengehalten wird, der Testamentswille sei ein anderer, er gehe dahin, daß die Wittwe nur Nutznießung und kein Eigenthum haben und folglich die erstere auch an fünf Sechstheilen nur unter Verzicht auf jeden Eigenthumsanspruch soll geltend machen dürfen, so ist das eben gewiß eine rein willkürliche Vermuthung. Vielleicht wendet man ein, auch die andere Ansicht beruhe auf einer Vermuthung, nur auf der gegentheiligen, daß der Erblasser einen allfälligen Eigenthumsanspruch laut Gesetz habe vorbehalten wollen, allein dem ist nicht so. Wir stellen eben bezüglich des Eigenthumsanspruches gar nicht auf das Testament, sondern auf das Gesetz ab und sagen bezüglich des Nutznießungsanspruches, daß derselbe vollkommen bedingungslos, also namentlich auch ohne die Klausel eines Verzichts auf das der Bedachten allfällig vom Gesetz zugewiesene Eigenthum legirt ist. Eine solche Klausel darf doch sicherlich nicht schon darin gefunden werden, daß das Testament von der Nutznießung an der *ganzen* Verlassenschaft spricht, denn man wird doch nicht behaupten wollen, daß damit der Wille ausgedrückt sei, es soll die Wittwe überhaupt *nur Nutzniessung*, niemals aber Eigenthum haben, beziehungsweise es sollen allfällige aus dem Gesetz folgende Eigenthumsansprüche ausgeschlossen sein. Eine solche Interpretation geht weit über den Rahmen des Erklärten hinaus, denn erklärt ist mit den Worten: „Ich vermache meiner Ehefrau die Nutznießung an meiner *ganzen* dereinstigen Verlassenschaft“, gar nichts Anderes als daß die Bedachte *aus dem Titel des Testamentes* eben Nutznießung und nur Nutznießung und zwar diese bezüglich der ganzen Verlassenschaft haben soll, niemals aber, daß wenn und soweit ihr *das Gesetz* an einem Theil

der Verlassenschaft sogar Eigenthum geben sollte, diese das Testament bezüglich dieses Theils der Verlassenschaft nicht etwa modificirende, sondern zunächst bestätigende und nur ergänzende Zuwendung ungültig sei. Eine solche Willensmeinung müßte deutlich und klar ausgesprochen sein. Will man von Vermuthungen reden, so spricht jede Vermuthung dagegen. Mit dem § 2039 des alten privatrechtlichen Gesetzbuches wollte der Gesetzgeber dem Erblasser die Möglichkeit geben, dem überlebenden Ehegatten *über die gesetzliche Statutarportion hinaus* noch die Nutznießung an der weitern Verlassenschaft zuzuwenden und deßhalb wird man eine Verfügung, die sich auf jene Gesetzesstelle stützt, zunächst auch so auslegen dürfen und müssen. Diese Meinung des alten Gesetzes hat denn auch im neuen Gesetz speziellen Ausdruck gefunden, zumal der § 975 desselben nunmehr ausdrücklich sagt: „Der Erblasser darf seinem überlebenden Ehegatten, *ausser dem, diesem von Gesetzes wegen zukommenden Eigenthum,* auch die lebenslängliche Nutznießung an der ganzen Verlassenschaft zuwenden." Sehen wir, was die kantonsräthliche Kommission für Prüfung des regierungsräthlichen Entwurfes des neuen privatrechtlichen Gesetzbuches über Sinn und Bedeutung der erwähnten, von ihr vorgeschlagenen Einschiebung in den frühern § 2039, jetzt § 975, und die Veranlassung zu dieser Einschiebung sagt: Die bezügliche Stelle im Kommissionalbericht an den Kantonsrath lautet: „In ähnlicher Weise wurde auch im Abschnitt über das Pflichttheilsrecht in Bestätigung mehrfacher gerichtlicher Entscheidungen ausdrücklich festgesetzt, daß wenn einem überlebenden Ehegatten die Nutznießung am ganzen Nachlasse testirt wird, derselbe berechtigt ist, außerdem zum Voraus auch dasjenige für sich anzusprechen, was ihm durch das Gesetz . . . . als Eigenthum zukommen soll."

Wir können diese Stelle nur dahin auslegen, daß die citirte Ergänzung des Gesetzestextes weniger den Zweck hatte, den selbstverständlichen Satz festzunageln, daß wenn der Erblasser *ganz ausdrücklich,* mit besondern Worten erkläre, er vermache dem überlebenden Ehegatten *ausser dem ihm allfällig laut Gesetz zukommenden Eigenthum* die Nutznießung an der ganzen Verlassenschaft, diese Willenserklärung gültig sein soll, als vielmehr beziehungsweise vorzugsweise oder doch in gleichem Maße den Zweck, den Einwand zu beseitigen, daß das Legat der lebenslänglichen Nutznießung den Eigenthumsanspruch aus Gesetz ohne besondern Vorbehalt ausschließe. Wir finden unseres Erachtens nur das im neuen Gesetz deutlicher ausgedrückt, was schon der Sinn des alten war, daß das gesetzliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten durch letztwillige Verfügung in der Weise *ergänzt* werden könne, daß demselben die Nutznießung an der ganzen Verlassenschaft, also auch am *Pflichttheil* der Erben zugewendet werde.

Wechselrecht.

Deckungsanspruch des Bezogenen und Acceptanten gegenüber dem Trassanten beziehungsweise seiner Konkursmasse. Derselbe ist ein außerhalb des Wechselrechts gelegener, gewöhnlicher Civilanspruch, und kann als solcher nur aus dem der Acceptirung bezw. Accepteinlösung zu Grunde liegenden civilrechtlichen Verhältniß zwischen dem Acceptanten und Trassanten abgeleitet werden, woraus folgt, daß zu dessen Begründung die Behauptung und der Nachweis eines derartigen, den Anspruch als richtig konstatirenden Rechtsverhältnisses gehört.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 2. Juni 1888.

Am 20. April 1881 zog Joh. Caspar Stahl zur Muschel in Zürich einen Wechsel im Betrage von 1000 Fr. auf den Maurermeister Wilhelm Werder in Riesbach und zwar „an die Ordre seiner eigen", zahlbar drei Monate nach der Ausstellung *beim Aussteller selbst.* Der Bezogene, Werder, acceptirte den Wechsel und es ging derselbe mittelst Indossament des Trassanten und Remittenten Stahl an die Leihkasse Zürich. Am 28. April 1881 wiederholte sich insofern die gleiche Operation, als

Stahl dießmal 500 Fr. wieder an seine eigene Ordre und ebenfalls fällig nach drei Monaten *und zahlbar beim Aussteller als Domiziliaten selbst* auf Werder zog und acceptirt erhielt. Dieses Accept ging mit Blancoindossament des Stahl an einen Conrad Widmer im Seefeld, von diesem an die Handelsbank und endlich an die Bank in Zürich.

Am 6. Dezember 1887, also mehr als 6 Jahre nach Ausstellung und Verfall der beiden Wechsel gerieth der Aussteller und Remittent J. C. Stahl in Konkurs und in diesem meldete nun der Bezogene und Acceptant unter Vorlage der beiden von der Leihkasse Zürich und der Bank Zürich (den letzten Inhabern) quittirten Wechseln eine Forderung von 1500 Fr. an. Sowohl die Massaverwaltung als ein Privateinsprecher setzten die Ansprache in Widerspruch und es kam deßhalb zum Konkursprozeß. In diesem nahm der Ansprecher den Standpunkt ein, daß die Thatsache der Wechseleinlösung durch ihn in Folge des Trattenauftrages und der Acceptation für sich allein vollständig genüge zur Herstellung der Forderung. Der Anspruch sei ein solcher auf Deckung der acceptirten und eingelösten Wechselsumme, dessen Begründetheit schon durch den Besitz der Wechsel allein dargethan werde. Eventuell wurde der Beweis dafür anerboten, daß Stahl die Wechsel selbst discontirt, den Gegenwerth in Empfang genommen und an den Verfalltagen vom Ansprecher als dem Acceptanten die Wechselsummen behufs Einlösung der Wechsel empfangen habe. Nach erfolgter Einlösung seien die Papiere ihm aushingegeben worden. Die Accepte seien Gefälligkeitsaccepte gewesen, die er gegeben habe in der Meinung, dem Aussteller durch deren Einlösung ein Darlehen zu machen, wofür Verwandte des Ansprechers als Zeugen angerufen werden. Diese ganze Darstellung wurde von den Einsprechern bestritten, namentlich die Behauptung, daß Kläger das Geld zur Wechseleinlösung selbst beschafft habe und eventuell geltend gemacht, daß dieß in Erfüllung einer ihm obliegenden Verpflichtung behufs Tilgung einer Schuld etc. geschehen sei.

Die Ansprache wurde abgewiesen.

Gründe:

1. Die Forderung wird in erster Linie gestützt auf den Rechtssatz, daß der Wechselacceptant, der den Wechsel eingelöst hat, gegen den Aussteller einen Anspruch auf Deckung habe, dabei indessen mit Recht bemerkt, daß dieser Anspruch kein wechselmäßiger sei (Art. 742, Schlußsatz des O.-R.). Sobald nun aber das letztere zugegeben werden muß, ist auch zugegeben, daß der Wechselbesitz an sich noch nicht den Anspruch auf Rückerstattung der Wechselsumme begründen kann, sondern daß auf das ursprüngliche Verhältniß zwischen dem Trassanten und dem Bezogenen zurückgegangen werden muß und daß der Bezogene nachzuweisen hat, daß und warum er Rückerstattung der Wechselsumme verlangen könne. (Vergleiche u. A. Wächter, Wechselrecht § 26.) Gewiß begründet das Accept keine Vermuthung für ein früheres Schuldverhältniß, aber umgekehrt begründet nach unseren Gesetzen die Thatsache der Honorirung eines Acceptes noch nicht eine Vermuthung für die Verpflichtung des Trassanten zur Rückerstattung des Wechselbetrags.

2. Die Behauptung, welche zum Beweise verstellt worden, daß Stahl sich die beiden Wechsel discontiren ließ, ja selbst die Behauptung, daß Rekurrent dem Domiciliaten Stahl die 1500 Frkn. zur Honorirung seiner Accepte eingehändigt habe und dann hiefür die Wechsel aushinerhalten, sind nur dahin schlüssig, daß Ansprecher eine Zahlung an oder zu Gunsten des Stahl gemacht hat. Nun genügt aber der Nachweis, daß etwas gezahlt worden sei, nicht, um eine Rückforderung der Zahlung zu begründen; es ist stetsfort noch das Rechtsverhältniß nachzuweisen, aus welchem der Zahlungsempfänger zur Rückerstattung verpflichtet ist: Darlehen, Geschäftsbesorgung, Mandat, Bereicherung etc. Es kann die Zahlung, — wie Rekursgegner richtig ausführt, — ebenso gut als Tilgung einer frühern Schuld, als Schenkung, auf irgend eine andere zukünftige Leistung Stahls hin u. s. w. geschehen sein. Ein civilrechtliches Mandat als Titel für seinen Deckungsanspruch hat der Ansprecher und Rekurrent nicht geltend gemacht und es läge der Beweis eines

solchen auch durchaus nicht schon in der nackten Trattenform („Zahlen Sie"), denn Trattenauftrag und civilrechtlicher Auftrag sind nicht identisch. (Vergleiche Wächter, Encyclopädie des Wechselrechts § 10, die Revalirungsklage und Anmerkung 6 dazu.) Dagegen ist vom Rekurrenten die Hingabe eines Darlehens behauptet worden, allein es fehlt an jedem Beweis dafür. Irgend welche Urkunden außer den Wechseln, Bücher, ein Darlehensgesuch oder ein Rückschein u. dgl. können nicht vorgelegt werden und die Einvernahme der Zeugen für den allerdings schlüssigen, wenn auch etwas allgemein gehaltenen Beweissatz, es seien behufs Hingabe eines Darlehens Gefälligkeitsaccepte gegeben worden, ist wegen Verwandtschaft derselben mit dem Producenten nicht zuläßig.

Zur Auslegung der §§ 1020 & 1021 des bisherigen (§§ 1105 & 1106 des neuen) privatrechtlichen Gesetzbuches.

Kassationsgericht Zürich
28. Mai 1888.

Die Brüder Johannes und Gottfried Hagenbuch auf der Mühle zu Sellenbüren schuldeten dem Heinrich Sidler daselbst:

1. laut Schuldschein vom 1. April 1884 2000 Fr., verzinslich à 4 ½ % und zahlbar mit Martini 1884, und
2. laut Schuldschein vom 25. Juli 1887 284 Fr., „zahlbar sofort".

Mit Urkunde vom 15. Jenner 1887 erklärten die Brüder Hagenbuch, daß sie dem Heinrich Sidler, dem sie laut Schuldschein vom 1. April 1884 Fr. 2000 sammt Zins und laut Schuldschein vom 25. Juli 1886 Frkn. 284 schulden, eine Anzahl Forderungen abgetreten haben. Der Gesammtbetrag der Forderungen, welche in der Urkunde einzeln bezeichnet sind, beläuft sich auf 3034 Fr. 79 Rp.

Am 5. Mai 1887 wurde auf Begehren des Franz Schaller in Luzern gegen Gottfried und Johannes Hagenbuch nach Durchführung des hohen Rechtstriebes Konkurs eröffnet.

Franz Schaller hatte nämlich die Brüder Gottfried und Johannes Hagenbuch für verschiedene *Wechsel*forderungen betrieben. Die erste Betreibung erfolgte mit Rechtsbot vom 7. Dezember 1886. Am 9. Dezember wurde gepfändet und vom Gemeindammann die Forderung als durch die Pfänder gedeckt erklärt. Am 13. Dezember wurde die Pfandversilberung verlangt, am 28. Dezember das Begehren einstweilen zurückgezogen, am 3. Jenner 1887 dasselbe erneuert, am 17. Jenner die Versilberung wegen einer Eigenthumsansprache des Vaters der Gebrüder Hagenbuch eingestellt, am 24. Jenner Nachpfändung, namentlich auch der den Betriebenen zustehenden Guthaben begehrt, am 26. Jenner dieselbe vollzogen und die Forderung als nicht gedeckt erklärt; am 7. April erfolgte eine weitere Nachpfändung, wodurch die Forderung abermals nicht gedeckt wurde.

Die zweite Betreibung erfolgte mit Rechtsbot vom 27. Dezember 1886, fiel aber am 28. Dezember durch gänzliche Abstellung dahin.

Die dritte Betreibung wurde am 15. Jenner 1887, die vierte am 22. Jenner, die fünfte am 15. Februar, die sechste am 26. Februar und die siebente am 11. März angelegt, sämmtliche blieben fruchtlos.

In den Konkursen von Gottfried und Johannes Hagenbuch meldete Franz Schaller seine Wechselforderungen im Kapitalbetrage von 9490 Fr. 95 sammt Zins, Provision und Kosten und Heinrich Sidler seine Forderungen von 2000 Fr. und 284 Fr. sammt Zinsen an. Zugleich machte Sidler die Inhaberschaft an den ihm laut Urkunde vom 15. Jenner 1887 abgetretenen Forderungen geltend, in der Meinung, daß, was er bei deren Liquidation über den Betrag von 2000 Fr. und 284 Fr. sammt den angemeldeten Zinsen hinaus erhältlich machen könne, an die beiden Konkursmassen abgeliefert, ein allfälliger Verlust aber als laufende Forderung geltend gemacht werde. Franz Schaller bestritt jedoch die Gültigkeit der Forderungsabtretung vom 15. Jenner 1887 und es kam darüber zum Konkursprozeß.

Am 24. Jenner 1888 wies die Appellationskammer des Obergerichtes den Anspruch Sid-

lers auf die abgetretenen Forderungen unter Angabe folgender Gründe ab:

Darüber könne kein Zweifel herrschen, daß die Gemeinschuldner vor und nach Neujahr 1887 manigfach betrieben worden seien, namentlich von Franz Schaller. Am Tage der Abtretung der Forderungen haben die Gemeinschuldner, nachdem bereits für Forderungen des Franz Schaller fruchtlos gepfändet worden sei, voraussehen müssen, daß die abgetretenen Forderungen für Forderungen des Schaller werden gepfändet werden, es habe sich daher bei der Abtretung darum gehandelt, behufs Deckung des Sidler die bevorstehenden Pfändungen der Forderungen unmöglich zu machen und es sei demnach gemäß § 1021 des P.-R. G.-B. die Abtretung als ungültig zu erklären.

Gegen diesen Entscheid reichte Sidler beim Kassationsgericht Nichtigkeitsbeschwerde ein und siegte ob, denn das letztere erkannte unterm 28. Mai 1888:

„Die Vindikation Sidlers wird in der Meinung gutgeheißen, daß er die in der Abtretungsurkunde vom 15. Jenner 1887 bezeichneten Guthaben sorgfältig liquidire und wenn er mehr erhältlich mache als 2000 Fr. und 284 Fr. nebst den für diese beiden Posten im Konkurse geltend gemachten Zinsen, zusammen betragend 289 Fr. 45 Rp., er den Mehrbetrag an die beiden Konkursmassen abgebe, wenn er aber weniger erhältlich mache, er berechtigt sei, den Verlust als laufende Forderung im Konkurs geltend zu machen.“

Gründe:

1. Die Behauptung des Beschwerdeführers trifft zu, es sei das Abtretungsgeschäft gemäß § 1020 des P. G.-B. zu schützen und der angefochtene Entscheid stehe im Widerspruch mit § 1021.

2. Die vom Bewerdeführer in den Konkursen der Brüder Hagenbuch angemeldeten Forderungen, zu deren Deckung die Abtretung der Guthaben zahlungshalber erfolgte, sind nämlich vom Beschwerdegegner anerkannt worden und es ist daher gemäß § 1020 das Deckungsgeschäft zwischen Sidler und den Gebrüdern Hagenbuch zu schützen, indem nach feststehender und durch die Vergleichung des § 1020 mit § 1021 gerechtfertigter Gerichtsübung eine Deckung wie die in § 1020 allein bezeichnete „Zahlung“ zu behandeln ist.

3. Der § 1021 findet dagegen schon deßwegen keine Anwendung, weil die zur Zeit der Abtretung in Aussicht gestandenen Pfändungen und Nachpfändungen, auf welche der angefochtene Entscheid abstellt, alle auf *Wechsel*forderungen sich bezogen haben, während § 1021, der als eine Ausnahmsbestimmung eine analoge Anwendung nicht zuläßt, nur von Geschäften spricht, welche den Zweck haben, eine auf dem Wege des *ordentlichen* Rechtstriebes angedrohte Pfändung unwirksam zu machen, nun aber nach dem gegenwärtig in Kraft bestehenden Schuldbetreibungsgesetze vom 29. Oktober 1871, wie nach den Schuldbetreibungsgesetzen aus den Jahren 1832, 1842 und 1851 die ordentliche Schuldbetreibung in Gegensatz gestellt wird zu der schnellen Schuldbetreibung, d. h. der Betreibung auf Wechselforderungen, welcher Gegensatz übrigens auch in § 1021 selbst ausgedrückt ist mit den Worten: „in der Absicht, die auf dem Wege des *ordentlichen* Rechtstriebes angedrohte Pfändung unwirksam zu machen *durch Einräumung von Wechselrechten und des damit verbundenen schnellen Rechtstriebes*.“

4. Nun könnte zwar nach dem Wortlaut des § 1021 der Beschwerdegegner als ungedeckter Konkursgläubiger das von den Gemeinschuldnern vor Ausbruch des Konkurses abgeschlossene Deckungsgeschäft auch dann anfechten, wenn mit demselben beabsichtigt worden wäre, irgend einem andern Gläubiger, der den ordentlichen Rechtstrieb angehoben hatte, vor der Pfändung zuvorzukommen, da immerhin die gepfändeten Guthaben der Konkurmasse entzogen worden sind (Zeitschrift für zürch. Recht Bd. XX S. 29 Erwäg. 7, Bd. XXI S. 171 Erwäg. 18, Bd. XXII S. 122 No. 68, Bd. XXIII S. 32 Erwäg. 7) und es hat der Beschwerdegegner in der Rekursinstanz wirklich den Beweis dafür anerboten, daß die Gemeinschuldner „vor und nach Neujahr 1887 manigfach betrieben worden seien“, welcher Beweissatz nach dem Angeführten insoweit erheblich wäre, als damit behauptet

wird, am 15. Jenner 1887 seien ordentliche Betreibungen gegen die Gemeinschuldner anhängig gewesen, aber noch nicht bis zur Pfändung gelangt. Nun ergibt sich aber jetzt schon aus den Akten, daß alle Rechtstriebe, welche von Gläubigern angehoben worden sind, die im Konkurse Forderungen angemeldet haben, erst nach dem 15. Jenner 1887 angehoben wurden, die Rechtstriebe derjenigen Gläubiger aber, die gar keine Eingaben in den Konkurs gemacht haben, fallen außer Betracht, weil keinerlei Vermuthung dafür spricht, daß das Deckungsgeschäft bestimmt gewesen sei, diese Rechtstriebe fruchtlos zu machen.

5. Der Beschwerdegegner behauptet endlich, Beschwerdeführer könne sich auf den § 1020 nicht berufen, weil seine Forderungen zur Zeit des Deckungsgeschäftes nach Art. 336 des O.-R. nicht fällig gewesen seien und somit das Deckungsgeschäft nach § 1019 angefochten werden könne. Nun ist im Schuldschein vom 1. April 1884 für das Darlehen von Fr. 2000 ein bestimmter Verfalltermin, nämlich der 11. November 1884 bezeichnet und im Schuldschein vom 25. Juli 1886 für die Schuld von 284 Fr. bestimmt, sie sei sofort zahlbar, während Art. 336 des am 1. Jenner 1883 in Kraft getretenen Obligationenrechtes bestimmt, ein Darlehen, für dessen Rückzahlung weder ein bestimmter Termin, noch eine Kündigungsfrist, noch der Verfall auf beliebige Aufforderung hin vereinbart worden sei, sei innerhalb sechs Wochen von der ersten Aufforderung an zurückzuzahlen. Wenn man übrigens annehmen wollte, die Darlehensschuld von 2000 Frkn. sei, weil sie mehrere Jahre über den bestimmten Verfalltermin hinaus nicht gefordert worden sei, vorliegend wie eine in Art. 336 des O.-R. bezeichnete Schuld zu behandeln, so wäre sie dennoch gleich einer fälligen Schuld zu behandeln, soweit der § 1020 zur Anwendung kommt; denn der am 1. Juli 1855 gleichzeitig mit dem § 1020 in Kraft getretene § 1122 bestimmt, wenn bei einem Darlehen kein Rückzahlungstermin bestimmt oder durch eine Bestimmung über Kündigung vorgesehen sei, so liege es im Ermessen des Gerichtspräsidenten, zu bestimmen, ob und welche Frist nach den Umständen dem Schuldner zur Zahlung zu bewilligen sei.

Das Begehren

um Siegelung und Inventarisation einer Verlassenschaft (§§ 1983 u. 1984 des P.-R. G.-B.) kann nicht wegen angeblicher Illiquidität auf den ordentlichen Prozessweg verwiesen, sondern muss, als ins Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehörend, in Ausübung derselben definitiv entschieden werden.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 19. Mai 1888.

Ein am 13. Dezember 1887 verstorbener Erblasser hinterließ als gesetzliche Erben zwei Söhne und zwei Töchtern. Den ältern der beiden Söhne hatte derselbe aber mit Testament vom 26. August 1876 gänzlich enterbt. Trotzdem suchte die Bank Winterthur, welche in einem anno 1874 über den Letztern ausgebrochenen Konkurse mit einer bedeutenden Forderung zu Verlust gekommen war, behufs Sicherung dieser Forderung um Siegelung und Inventarisation des Nachlasses nach und der Gerichtspräsident entsprach diesem Gesuche vorläufig, das Gericht selbst beschloß dann aber, nachdem es die Protestation der Erben angehört hatte, daß es zwar bei der bereits stattgefundenen Siegelung des Nachlasses sein Verbleiben habe, die Inventarisation dagegen sistirt bleibe, die Bank Winterthur aber innerhalb 14 Tagen den ordentlichen Prozeß über die bestrittene Frage ihrer Legitimation zur Stellung selbständiger, den fraglichen Nachlaß betreffender Begehren einzuleiten habe, ansonst auch die vorläufige Siegelung wieder aufgehoben würde.

Ueber diese Schlußnahme beschwerten sich beide Partheien. Die Erben verlangten definitive Abweisung des Begehrens um Siegelung und Inventarisation des Nachlaßes, die Bank Winterthur dagegen, daß auch die Inventarisation verfügt und die Fristansetzung zur Einleitung des ordentlichen Prozeßes darüber, ob sie in der betreffenden Verlassen-

schaftssache zu interveniren befugt sei, aufgehoben werde.

Die zweite Instanz beschloß: „Der angefochtene Entscheid wird aufgehoben und das Bezirksgericht angewiesen, einen neuen, das Begehren der Bank Winterthur um Bewilligung der Siegelung und *Inventarisation* des Nachlaßes definitiv erledigenden Entscheid zu fällen."

Gründe:

1. Der angefochtene Beschluß entscheidet die Frage, ob die Bank Winterthur in ihrer Eigenschaft als Gläubigerin des Sohnes H. S. auf Grund der §§ 1983 und 1984 des P.-R. Gesetzbuches ein Recht auf gerichtliche Siegelung und Inventarisation des Nachlaßes habe, nicht, sondern erklärt dieselbe als eine illiquide, die ihre endgültige Erledigung nur auf dem Wege des ordentlichen Prozeßes finden könne, weßhalb der Rekursgegnerin und zweiten Rekurrentin Frist zur Prozeßeinleitung angesetzt wird. Wenn gleichwohl die angeordnete Siegelung des Nachlaßes bestätigt wird, so geschah das nur als vorsorgliche Maßnahme, damit die Bank Winterthur, wenn sie auf dem gewöhnlichen Prozeßwege ein Recht im Sinne des § 1983 darzuthun vermöge, nicht außer Stande sei, dasselbe zu realisiren wegen inzwischen eingetretener Theilung des Nachlasses. Dieses Verfahren ist nun aber nicht zuläßig. Die Rekursgegnerin und zweite Rekurrentin braucht sich bezüglich der Frage, ob sie Siegelung und Inventarisation verlangen könne, nicht auf den ordentlichen Prozeßweg verweisen zu lassen, sondern sie kann verlangen, daß die Gerichte dieselbe in Ausübung der freiwilligen Gesichtsbarkeit entscheiden, denn Verfügungen über Sicherung von Verlassenschaften gehören ins Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Fällt der Entscheid gegen die zweite Rekurrentin aus, so muß auch die provisorische Siegelung aufgehoben und der Bank Winterthur überlassen werden, nunmehr den gewöhnlichen Prozeßweg zu betreten, wenn sie dann noch glaubt, mit ihrem Anspruch obsiegen zu können. Auch mag sie es in diesem Falle versuchen, die Siegelung des Nachlasses als bloße vorsorgliche Maßregel zu erwirken, hat sich aber mit einem bezüglichen Petitum vor Einleitung des Prozeßes an den Gerichtspräsidenten und nachher an das Gericht als *Prozessgericht* zu wenden. Die Annahme des Bezirksgerichtes, daß die Entscheidung der Streitfrage auf dem Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit wegen Illiquidität einzelner Einwendungen der ersten Rekurrentin unmöglich sei, ist irrthümlich.

Sowohl die Frage, ob den Gläubigern eines Enterbten ein Anfechtungsrecht bezüglich der Enterbung überhaupt, als die Frage, ob ihnen ein solches wenigstens so lange zustehe, als der Betroffene die Enterbung nicht in rechtsgültiger und für ihn verbindlicher Weise anerkannt habe, sind als reine Rechtsfragen in diesem Verfahren gerade so gut zu entscheiden wie im ordentlichen Prozeß. Anerkennt man ein Anfechtungsrecht, aber nur für so lange als keine rechtsverbindliche Anerkennuug der Enterbung durch den Enterbten vorliegt, so ist nicht zu vergessen, daß die Geltendmachung einer derartigen Anerkennung eine Einrede ist, deren nicht sofortige Liquidstellung den Schutz des an sich hergestellten Anfechtungsrechtes nicht hindern kann. Ferner hat der Gläubiger nur zu beweisen, daß er wirklich Gläubiger geworden ist und ist dannzumal seinem Gesuch zu entsprechen, so lange die Verjährungseinrede nicht völlig liquid gestellt werden kann, denn es darf nicht übersehen werden, daß die Siegelung und Inventarisation ja noch keinen Anspruch des Gläubigers an den Nachlaß begründet, sondern nur die Realisirung eines solchen sichern soll.

2. Hienach ist die Beschwerde der zweiten Rekurrentin in soweit begründet als das Bezirksgericht die materielle Entscheidung der Frage, ob ihr ein Recht auf Siegelung und Inventarisation des Nachlaßes zustehe, auf dem sumarischen Wege abgelehnt und solche unter Fristansetzung ins ordentliche Verfahren verwiesen hat. Die Folge dieser Auffassung kann nun aber bloß die sein, daß der angefochtene Beschluß aufgehoben und das Bezirksgericht angewiesen wird, einen definitiven Entscheid über das *Siegelungs- und Inventarisationsbegehren* der Bank Winterthur zu treffen, womit der Rekurs der

Erben für einstweilen als gegenstandslos dahinfällt.

Erwerb von Rechten an öffentlichen Gewässern.

Kassationsgericht Zürich, 19. März 1888.

Gegen ein von der Appellationskammer des Obergerichtes in einem Wasserrechtsstreit erlassenes Urtheil, durch welches der Beklagte zur Reduktion einer Stauvorrichtung verpflichtet wurde, erhob der letztere Nichtigkeitsbeschwerde, indem er unter Anderm geltend machte:

1. Seine Einrede, daß ihm ein concessionsgemässes Recht auf die Stauvorrichtung zustehe, sei verworfen worden, weil die Stauhöhe in der Ausschreibung des Koncessionsbegehrens nicht enthalten gewesen sei und deßhalb die Betheiligten keine Veranlassung gehabt haben, Einsprache zu erheben, währenddem überall nicht der Inhalt der Publikation, sondern der Inhalt des Koncessionsbegehrens entscheidend sei.
2. Das Obergericht habe angenommen, dem Kassationskläger sei eine bezügliche Koncession nicht ertheilt worden, worin eine actenwidrige Annahme liege.
3. Seine Einrede, daß der frühere Eigenthümer der Mühle des Kassationsbeklagten, Müller Bünzli, seine Zustimmung zur Erstellung der fraglichen Stauvorrichtung gegeben habe, sei als unerheblich erklärt worden, währenddem doch klar sei, daß den Beklagten ein Einsprachercht nicht mehr zustehen könne, wenn ihr Rechtsvorfahr auf dasselbe verzichtet habe.

Auf diese Anfechtungsgründe antwortete das Kassationsgericht in seinem die Nichtigkeitsbeschwerde abweisenden Entscheid:

Zu 1: Wenn der Kassationskläger geltend macht, daß nicht die Ausschreibung des Begehrens, sondern das Begehren selbst allein entscheidend sei, so ist dieß eine Frage der Gesetzesinterpretation, die in der Kassationsinstanz nicht mehr aufgeworfen werden kann. Die §§ 3, 4 und 12 des Gesetzes betreffend die Benutzung der Gewässer, auf welche sich der Kassationskläger beruft, enthalten keine bezügliche Bestimmung, sondern sie setzen als selbstverständlich voraus, daß die Ausschreibung dem Begehren entspreche. Uebrigens darf wohl unbedenklich angenommen werden, daß eine Verwirkung von Rechten durch Nichteinhaltung einer publizirten Frist nur erfolgen kann, soweit eine Publikation stattgefunden hat. Darauf deutet übrigens auch der Wortlaut des citirten § 3 hin, wonach „Gesuche um Wasserrechtsbewilligungen .... unter Ansetzung einer zerstörbaren Frist .... bekannt zu machen sind."

Allerdings folgt daraus nicht mit Nothwendigkeit, daß eine bezügliche Concession von den staatlichen Behörden nicht ertheilt werden könnte, wenn diese Vorschriften nicht beobachtet sind, sondern nur, daß dieselbe Dritten gegenüber nicht wirksam wäre. Das angefochtene Urtheil geht aber auch nicht weiter.

Zu 2: Der Satz des obergerichtlichen Urtheils, daß die Concession für die Stauvorrichtung in der bestrittenen Höhe nicht ertheilt sei, wird nicht aus der Thatsache des Mangels der Publikation an sich, sondern aus dem Wortlaute der dem Kassationskläger ertheilten Concession abgeleitet. Diese Interpretation kann aber jedenfalls nicht als eine actenwidrige, thatsächliche Annahme bezeichnet werden.

Es ist daher auch ganz irrelevant, ob in den §§ 2—4, 12 und 20 des citirten Gesetzes und § 659 des bisherigen privatrechtlichen Gesetzbuches eine spezielle Erwähnung aller einzelnen Theile einer Wasserwerkanlage in der Concessionsurkunde vorgeschrieben sei oder nicht, weil die Interpretation deßwegen nicht unrichtig ist, wenn schon keine Gesetzesbestimmung ausdrücklich sagt, daß nur das als bewilligt anzusehen sei, was ausdrücklich in der Concessionsurkunde erwähnt ist.

Ebenso ist es ohne Bedeutung, daß in § 20 citatae Stauvorrichtungen, für welche sich eine Concession nicht nachweisen läßt, als zu Recht bestehend anerkannt werden, weil sich dieß auf solche Einrichtungen bezieht, die in frühern Zeiten erstellt wurden, für

welche daher eine staatliche Concession überhaupt nicht nothwendig war.

Zu 3: Die Begründung des obergerichtlichen Urtheils, daß eine Verzichtleistung auf Einsprachen gegen eine Wasserrechtsertheilung für einen Singularsuccessor nicht bindend sei, wenn sie nicht notarialisch gefertigt sei, ist nicht als zutreffend anzuerkennen; denn § 3 des citirten Gesetzes setzt die Möglichkeit eines stillschweigenden Verzichtes voraus und § 4 citatae läßt Vergleiche zu, ohne selbst ausdrücklich vorzuschreiben, daß solche schriftlich-dokumentirt sein müssen. Es handelt sich eben nicht um eine dingliche Last, welche die an sich im Eigenthum liegenden Befugnisse beschränkt, sondern um ein Recht am öffentlichen Gewässer, welches über die Sphäre des Eigenthums hinausreicht.

Darauf kommt aber im gegebenen Falle nichts an, weil entschieden wurde, daß eine das Recht der Kassationsbeklagten am öffentlichen Gewässer schmälernde Concession nicht ertheilt worden sei.

Die Stellung

der von der städtischen Centralverwaltung für Wasserlieferung erhobenen Ansprüche im Konkurse der betreffenden Schuldner.

Obergericht Zürich,
16. Juni 1888.

Der Konkursrichter des Bezirksgerichtes Zürich stellte mit Eingabe vom 1. Juni 1888 beim Obergericht die Einfrage, in welcher Weise die Forderung der Wasserversorgung von Zürich aus Wasserzins u. dgl., der bis zum Ausbruch des Konkurses aufgelaufen sei, im Konkurse behandelt werden solle. Nach Art. 18 des Reglementes vom 15. April 1879 beanspruche nämlich die Wasserversorgungsanstalt ein gewisses Privilegium hiefür und bei den Notaren habe ein ungleiches Verfahren Eingang gefunden, indem dieser rückständige Wasserzins bald in die Konkursrechnung unter dem einen oder andern Titel aufgenommen werde, bald dem Käufer der Liegenschaft ohne Abzug am Kaufpreis überbunden, ja sogar auch etwa unter die grundversicherten Passiven aufgenommen werde.

Diese Einfrage wurde wie folgt beantwortet:

1. Vorerst ist dem Konkursrichter darin beizupflichten, daß die Einreihung der Forderung der Wasserversorgung unter die grundversicherten Schulden nicht zulässig ist, da hiefür kein gesetzliches Pfandrecht besteht und für die Annahme eines vertraglichen die Beobachtung der gesetzlichen Formen (kanzleiische Fertigung u. s. w.) mangelt.

2. Ebenso unzulässig ist es aber auch, Forderungen aus Leistungen, welche dem Gemeinschuldner vor Ausbruch des Konkurses gemacht worden sind, als Kosten der Konkursverwaltung zu verrechnen, Diese Forderungen sind vielmehr als solche an den Gemeinschulder zu behandeln und in jedem Falle unter die Passiven aufzunehmen. Da, wo wie hier gesetzliche oder vertragliche Vorzugsrechte nicht nachgewiesen werden können, fallen solche Forderungen in die Klasse der laufenden Ansprachen.

3. Was nun den im Konkurse nicht erhältlichen Betrag der Forderung anbetrifft, so muß es die Konkursmasse lediglich der Wasserversorgung überlassen, ob sie dem neuen Erwerber der Liegenschaft gemäß Art. 18 ihres Reglementes die Wasserabgabe verweigern wolle. Eine förmliche Ueberbindung des Wasserzinses u. dgl. an den neuen Erwerber ist begrifflich unmöglich; denn die Konkursmasse kann nicht weitere Verpflichtungen überbinden, als ihr selber obliegen.

4. Immerhin erfordert es die gute Treue, mit Rücksicht auf jenen Art. 18 die Gantbewerber darauf aufmerksam zu machen, daß die Wasserversorgung eine Forderung aus rückständigem Wasserzins u. dgl. angemeldet habe und daß diese Forderung in die Klasse der laufenden Schulden eingetragen sei. Der Gantkäufer mag sich dann mit der Wasserversorgung in irgend einer Weise auseinandersetzen z. B. dieselbe gegen Abtretung der Forderung an die Masse befriedigen oder sonst wie immer; es liegt ja auch die Möglichkeit vor, daß er auf den Wasserbezug verzichtet.

5. Sonach sind die Forderungen der Wasserversorgung, welche bis zum Tage des Kon-

kursausbruches aufgelaufen sind, als laufende einzutragen und es ist bei der Aufstellung des Gantrodels diese Anmeldung vorzumerken.

Die Haftpflicht

der Mitglieder einer zürcherischen Garantiegenossenschaft für Verluste, welche die letztere in Folge der Garantie erlitten hat.

Interpretation des § 23 des Gesetzes über die Bereinigung der Grundprotokolle.

Für bereits eingetretene und repartirte Verluste kann der nachherige Erwerber des Grundeigenthums, mit Bezug auf welches die Garantie eingegangen wurde, nicht verantwortlich gemacht werden.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 2. Juni 1888.

Einzelne Gläubiger eines Konkursiten fochten den von dem letztern vor Ausbruch des Konkurses mit seiner Ehefrau abgeschlossenen Liegenschaften- und Fahrhabekauf mit der actio pauliana an und stellten dabei das alternative Rechtsbegehren, daß die Beklagte verpflichtet werde, nach ihrer Wahl entweder die gekauften Liegenschaften nebst Fahrhaben und Waarenvorräthen oder den Mehrwerth der Kaufsobjekte über die angewiesenen Passiven hinaus in die Konkursmasse einzuwerfen. Da sich die Beklagte mit dieser Formulirung des Rechtsbegehrens ausdrücklich einverstanden erklärte, ja die Kläger eventuell, d. h. für den Fall der prinzipiellen Gutheißung der Klage, bei der zweiten Alternative behaftete, so glaubte das Gericht dieselbe ebenfalls berücksichtigen zu müssen. Dasselbe trat daher, nachdem es die Anfechtbarkeit des Geschäftes an sich festgestellt hatte, auf die Untersuchung der Frage ein, welcher Betrag als Mehrwerth der Kaufsobjekte über die angewiesenen Passiven hinaus zu betrachten sei. Die Garantiegenossenschaft der betreffenden Gemeinde hatte im Konkurse des Cridaren eine Forderung von 1650 Fr. als Betreffniß des letztern an das *bisherige* Garantiedeficit angemeldet und es ist diese Ansprache unbestritten geblieben. Gleichwohl äußerte die Beklagte Zweifel darüber, ob sie nicht als Rechtsnachfolgerin im Eigenthum der im Garantieverband stehenden Liegenschaften für dieses Deficit verantwortlich gemacht werden könne und verlangte, daß, falls das Gericht dieser Ansicht sein sollte, die 1650 Fr. bei Berechnung des ihr über die angewiesenen Passiven hinaus zukommenden Mehrwerthes in Abzug gebracht werden. *Die Frage wurde dahin entschieden, dass die Beklagte für jenen Betrag nicht aufzukommen habe.*

Gründe:

Der § 23 l. 2 des Gesetzes über die Bereinigung der Grundprotokolle (O. S. IV. S. 465) bestimmt, es gehe die einmal eingegangene Garantie mit Bezug auf den Grundbesitz, für welchen sie eingegangen worden, von Gesetzeswegen auf jeden neuen Erwerber über. Hieraus folgt, daß die Beklagte seit der Fertigung dem Garantieverband angehört. Allein damit ist nicht gesagt, daß der neue Erwerber auch für den unter seinem Rechtsvorfahren entstandenen Schaden hafte. Nach § 23 l. 1 ist der Betrag der Verluste unter die Garanten nach Verhältniß des Werthes des Grundeigenthums, das sie zur Zeit des Eintrittes des Verlustes besessen haben, zu verlegen. Diese Bestimmung ist aber vorerst dahin zu interpretiren, daß die Haftung des jeweiligen Eigenthümers eine persönliche, wenn auch von seiner Eigenschaft als Grundbesitzer abhängig sei und daß der Grundbesitz wesentlich nur für die Höhe des Betreffnisses in Berücksichtigung falle. Nur die Last als solche geht auf den neuen Erwerber über, während die einzelne Leistung aus der Garantie sich mit der Fälligkeit ablöst und zur persönlichen Schuld des Garantiegenossen wird. Ein neuer Erwerber haftet deshalb nur dann für einen unter dem frühern Eigenthümer eingetretenen Schaden, wenn ihm dieser beim Kauf ausdrücklich überbunden wurde. In concreto hat eine solche Ueberbindung nicht stattgefunden und deßhalb hat die Beklagte für die dießfällige Schuld des Cridaren nicht einzustehen.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. September 1888. VII. Band. № 17.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Urtheil
des
Handelsgerichtes Aarau
vom 23. Juli 1888,
in Sachen *Götz* ca. *Jauch*.

Schadenersatzanspruch aus vorzeitiger Auflösung eines Dienstvertrages (Art. 343 und 346 des O.-R.)

Thatsächliches:

Der Kläger trat Anfangs August 1885 als Commis in die Eisenwaarenhandlung des Beklagten ein und wurde nach seinen Angaben theilweise im Bureau und theilweise im Magazin bethätigt. Nach der Auffassung des Klägers war die Dauer der Anstellung eine unbestimmte, nach derjenigen des Beklagten eine bestimmte, d. h. monatliche. Die Besoldung stieg von Fr. 60 monatlich bis auf 1400 Fr. jährlich. Am 13. Januar 1888 entließ der Beklagte den Kläger plötzlich und zwar, wie dieser behauptet, ohne triftigen Grund, weßhalb er an jenen eine Entschädigung im Betrage von Fr. 350, entsprechend einem vierteljährlichen Salair fordert, da er von der Entlaßung an längere Zeit brodlos gewesen sei.

Der Beklagte weist darauf hin, daß die Zeugnisse des Klägers keine günstigen seien. Sein Benehmen sei immer ein mürrisches gewesen. Zu Anfang des Jahres 1886 habe der Beklagte die Wahrnehmung gemacht, daß der Kläger seinem Dienstmädchen nachstreiche; um die Fastnacht dieses Jahres (1886) habe derselbe eines Abends nach Geschäftsschluß in Abwesenheit des Beklagten versucht, in dessen Haus hineinzugehen, wo er um diese Zeit nichts mehr zu schaffen gehabt habe. Aus diesen Gründen habe der Beklagte den Kläger entlassen, und nur auf sein Bitten und das Gesuch der Mutter desselben ihn in provisorischer Anstellung belassen. Im Januar 1888 sodann habe der Streit, den der Kläger mit dem Lehrling Schuler gehabt, wobei es zum Handgemenge zwischen Beiden gekommen, zur definitiven Entlassung des schuldigen Klägers geführt. Der Beklagte will daher den Kläger aus stichhaltigen Gründen entlassen haben und bestreitet die Entschädigungsforderung.

Der Präsident des Handelsgerichtes erließ dann die erforderlichen Beweisbeschlüsse, und es wurden die angeordneten Beweise durchgeführt.

Entscheidungsgründe:

Der Entscheid ist von der Lösung der Frage abhängig, ob der Grund der Entlassung ein zutreffender ist oder nicht. Nach Art. 346 des Schweizerischen O.-R. kann nämlich die Aufhebung des Dienstvertrages vor Ablauf der Dienstzeit, bezw. ohne Beobachtung der in Art. 343 l. c., vorgesehenen Kündigungsfrist von jedem Theile aus wichtigen Gründen verlangt werden. Ueber das Vorhandensein solcher Gründe entscheidet der Richter nach freiem Ermessen. Aus allen Verumständungen, namentlich aus den Thatsachen, daß die Besoldung an den Kläger vierteljährlich ausbezahlt und dieselbe auf die runde Summe von Fr. 1400 fixirt wurde, ist zu schließen, daß die Anstellung mindestens auf die Dauer eines Jahres, bezw. auf unbestimmte Zeit festgesetzt war, (Art. 342 des Schweiz. O.-R.), weßhalb Art. 343 und 346 l. c. Anwendung finden. In Hinsicht auf die Entlassung im Februar 1886 und die seitherige, bloß provisorische Belassung des Klägers kommt Folgendes in Betracht. Es ist nicht zu untersuchen, ob die diesfällige Behauptung des Beklagten eine richtige sei; denn mag auch eine Entlassung stattgefunden haben, so ist der Grund derselben ohne Zweifel kein triftiger. Die einvernommenen Zeugen können nicht aussagen, daß in dem Verkehr des Klägers mit den Dienstmädchen Maria und Anna Hauenstein Unsittlichkeiten oder auch nur erhebliche Unschicklichkeiten vorgekommen seien; dieser Verkehr war vielmehr ein ziemlich harmloser. Bei dem Vorkommnis um die Fastnacht 1886 war auch der Angestellte Beck betheiligt. Inwiefern der Kläger und Beck bei diesem Anlasse gegenüber dem Dienstmädchen Anna Hauenstein sich unstatthafte Zumuthungen erlaubt haben, ist weder aus den beklagtischen Behauptungen, noch aus den Zeugenaussagen ersichtlich. Gegen Beck verhängte der Beklagte nicht einmal eine Rüge. Nach glaubwürdiger Angabe der Anna Hauenstein wurde diese von der Dienstherrschaft nicht entlassen, sondern sie trat wegen eines, nach ihrer Meinung unverdienten Vorwurfs freiwillig aus dem Dienste. Uebrigens müßte ein kleiner Fehler des Klägers, der an sich nur eine Mahnung oder Rüge und wohl kaum eine Kündigung hätte zur Folge haben können, als vom Beklagten verziehen gelten, da dieser dem Kläger das Salair von 1887 an wiederum und zwar auf Fr. 1400 erhöhte, und ihm ums Neujahr 1888 eine Gratifikation von 30 Fr. verabreichte. Dieß setzt doch gewiß voraus, daß der Prinzipal mit den Arbeitsleistungen seines Angestellten und mit dessen Betragen zufrieden war, so daß das Zeugniß, das er dem Kläger nach der Entlassung ausstellte, wirklich als ein befriedigendes anerkannt werden muß. Sehr wahrscheinlich überzeugte sich der Beklagte nach der Entlassung, daß er voreilig gehandelt habe und behielt er deßhalb den Kläger wieder. Es kann daher dieser Vorfall auf das Vorkommniß vom 12. und 13. Januar 1888 mit dem Lehrling Schuler um so weniger einen gravierenden Einfluß ausüben, als überdies bezeugt wird, der Kläger habe sich von Februar 1886 an ruhig verhalten. Allerdings ist der Vorfall vom Januar 1888 geeignet, etwelchen Schatten auf den Charakter des Klägers zu werfen und ist das Benehmen desselben gegenüber Schuler, den er, sehr wahrscheinlich ohne vorausgegangene Anreizung jenes, injurirte, in wehrlosem Zustande mißhandelte, auch dessen Vater an der Ehre kränkte, ein sehr tadelnswerthes. Allein dieses einmalige Vorkommnis war doch kein Grund zur Entlassung, sondern bloß zur Verwarnung und hätte eine Entlassung ohne Kündigung nur in dem Falle eintreten können, wenn Rüge und Ermahnung nichts gefruchtet und der Kläger den Streit mit Schuler fortgesetzt hätte. Der Beklagte ließ es, als er selbst der Rauferei zwischen Götz und Schuler durch sein Dazwischentreten ein Ende machte, jedenfalls daran fehlen, den Antheil der Schuld jedes der beiden Streitenden gehörig zu ermitteln, und scheint er die sofortige Entlassung des Klägers in der plötzlichen Aufregung ausgesprochen zu haben. Dieses läßt sich namentlich daraus schließen, daß er dem Kläger bei der friedensrichterlichen Verhandlung eine Entschädigung von Fr. 150 anerbot, die Offerte dann nachher freilich wieder zurückzog. Sodann kann der Injurienstreit, den der Beklagte gegen den

Kläger wegen eines Schmähbriefes, den Letzterer nach der Entlassung an Ersteren geschrieben haben soll, anhob, abgesehen davon, daß dieser Prozeß noch nicht beurtheilt ist, auf den vorwürfigen Rechtsstreit keinerlei rechtlichen Einfluß ausüben. Demgemäß erweist sich die Entlassung als eine nicht hinlänglich begründete und ist der Beklagte grundsätzlich als zum Schadensersatze verpflichtet zu betrachten. Nach Art. 346 des Schweiz. O.-R. werden die ökonomischen Folgen einer vorzeitigen Auflösung des Dienstvertrages vom Richter nach freiem Ermessen bestimmt. Die Würdigung der obwaltenden Verhältnisse muß nun aber zur Reduktion der geforderten Entschädigung auf die Hälfte führen, wenn man insbesondere in Betracht zieht, daß der Kläger durch sein tadelnswerthes Benehmen im Streite mit Schuler seine Entlassung veranlaßte und daß er, wie aus der Replikbeilage 6 sich ergibt, vom 1 März 1888 an wieder Verdienst fand. Die Reduktion der Klageforderung muß auch eine entsprechende Vertheilung der Kosten zur Folge haben.

Schluss:

1. Der Beklagte ist schuldig dem Kläger eine Entschädigung von Fr. 175 nebst gesetzlichem Verzugszins hievon seit der Betreibungseröffnung zu bezahlen.
2. Der Beklagte hat dem Kläger an dessen Parteikosten im Betrage von Fr. 206,30 Cts. die Hälfte, also Fr. 103,15 Cts. zu ersetzen und seine eigenen Parteikosten an sich zu tragen.
3. Die Gerichtskosten werden auf den Gesammtbetrag von Fr. 80 festgesetzt, wovon jede Partei die Hälfte mit Fr. 40 zu bezahlen hat.

Klage

auf Erfüllung der vom Verkäufer einer Liegenschaft übernommenen Verpflichtung, einen dem Käufer angewiesenen Schuldbrief im Falle früherer oder späterer Kündigung desselben durch den Gläubiger ablösen und unter gewissen Modalitäten stehen lassen zu wollen.

Einrede des Beklagten, daß der Kläger sein Recht auf die verlangte Ablösung des betreffenden Briefes durch willkürliche Erhöhung eines Kapitalvorstandes verwirkt habe.

(Obergericht Zürich, Appellationskammer, 3. Juli 1888.

Laut Kaufbrief vom 17. Mai 1887 verkaufte Johann Karl Hausmann, Bäcker und Wirth in Veltheim, dem Joh. Ulrich Rickenbach, Küfer daselbst, 2 Wohnhäuser nebst Schopfanbau, Waschhaus und 18,700 □' Gebäudefläche, Hofstatt und Gartenland um den Preis von 40,000 Fr., woran 5000 Fr. sofort baar bezahlt und die übrigen 35,000 Fr. wie folgt angewiesen wurden:

25,000 Fr. der Hypothekarbank Winterthur laut Schuldbrief vom 13. September 1880 und

10,000 Fr. dem Ferdinand Keller in Veltheim laut Schuldbrief vom 27. Juni 1885.

Unter den allgemeinen Bestimmungen des Kaufbriefes findet sich auch die folgende:

7. „Sofern der Brief von 10,000 Fr. früher oder später gekündet würde, so verpflichtet sich der Verkäufer, diesen Titel von sich aus einzulösen und die Schuldsumme dem Käufer bis Maitag 1897 à 4½ % unaufkündbar stehen zu lassen in dem Sinne jedoch, daß der Käufer à conto des Kapitals alljährlich auf 1. Mai Abschlagszahlungen von je 500 Franken zu leisten hätte."

Im September/Oktober 1887 erstellte der Käufer Rickenbach auf einem Theil des gekauften noch unüberbauten Bodens eine Küferwerkstätte, die zum Bauwerth von 1800 Fr. in die Assekuranz aufgenommen wurde. Um diese Baute ausführen zu können, mußte er 1000 Fr. Geld entlehnen. Die Hypothekarbank Winterthur, seine erste Briefgläubigerin, gab ihm das Geld und zur Sicherheit errichtete er derselben ein Transfix zu dem 25,000 Fr. haltenden Schuldbrief vom 13. September 1880, sodaß dieser nunmehr 26,000 Fr. betrug. Der nachgehende Briefgläubiger Ferdinand Keller hatte zu dieser Transfixerrichtung seine Zustimmung ertheilt.

Am 14. Februar 1888 kündete Ferdinand Keller seinen 10,000 Fr. haltenden Schuldbrief auf Martini 1888 und sofort gab der

Schuldner Rickenbach seinem Verkäufer Hausmann von der Kündigung Kenntniß, denselben ersuchend, gemäß der Bestimmung 6 des Kaufbriefes für die Ablösung der 10,000 Fr. auf Martini 1888 sorgen zu wollen. Allein dieser antwortete, es habe Rickenbach dadurch, daß er den Vorstand von 25,000 Fr. ohne sein Wissen und Willen um 1000 Fr. erhöht, das Recht, von ihm Ablösung des 10,000 Fr. Briefes verlangen zu können, verwirkt.

Eine Einigung war nicht möglich und es kam deshalb zum Prozeß. In diesem trat Rickenbach als Kläger auf mit dem Rechtsbegehren, es solle der Beklagte Hausmann verpflichtet werden, ihm auf Martini 1888 behufs Ablösung des Keller'schen Briefes und gegen Cession des letztern seitens des Gläubigers Fr. 10,000 eventuell Fr. 9000 zu bezahlen. Sein Standpunkt war der, daß er zur Erhöhung des Vorstandes von 25,000 Fr. um 1000 Fr. deßwegen ohne weiteres berechtigt gewesen sei, weil er ja gleichzeitig den Werth des Unterpfandes durch Ueberbauen und zwar nicht nur um 1000 Fr., sondern sogar um 1800 Fr. erhöht habe, sodaß von einer Schädigung des nachgehenden Pfandgläubigers bezw. des Beklagten als seines dereinstigen Rechtsnachfolgers keine Rede sein könne, eventuell aber müsse der Beklagte jedenfalls 9000 Fr. zahlen, beziehungsweise den Brief in diesem reduzirten Umfange erwerben, weil eine grundversicherte Forderung von 9000 Fr. mit 26,000 Fr. Vorstand genau so viel werth sei wie eine Forderung von 10,000 Fr. mit bloß 25,000 Fr. Vorstand.

Ein drittes eventuelles Begehren, das nicht in der Weisung enthalten war, wurde erst zweitinstanzlich gestellt und dahin formulirt, es möchte der Reklagte wenigstens gegen Reduktion des Vorstandes um 1000 Fr. zur Ablösung des 10,000 Fr. Briefes verpflichtet werden.

Auf das leztere Begehren wurde vom Gerichte gar nicht eingetreten, im Uebrigen aber die Klage abgewiesen.

Gründe:

1. Der Sinn des prinzipalen Klagebegehrens ist der, daß der Reklagte verpflichtet werde, den 10,000 Frkn. haltenden Schuldbrief mit Uebernahme eines Vorstandes von 26,000 Fr. abzulösen bezw. zu erwerben. Inhaltlich so festgestellt, kann aber das Begehren aus dem einfachen Grunde nicht gutgeheißen werden, weil es etwas Anderes enthält als wozu sich der Beklagte verpflichtet hat. Die Verpflichtung des letztern ist nämlich im Kaufbrief des Klägers dahin formulirt, den 10,000 Fr. haltenden Schuldbrief zu Gunsten des Ferdinand Keller, falls derselbe früher oder später gekündet werden sollte, abzulösen und unter bestimmten Modalitäten bezüglich der Verzinsung und Zahlung stehen zu lassen. Die Meinung war also die, daß der Beklagte diesen Brief übernehme und zwar ganz selbstverständlich in der durch den damaligen Vorstand von 25,000 Frkn. bedingten Qualität. Der Inhalt seiner Verpflichtung ist somit dahin festzusetzen, den 10,000 Fr. Brief, falls er gekündet werde, mit Uebernahme eines Vorstandes von 25,000 Fr. abzulösen bezw. zu erwerben und nach Maßgabe der besondern Zins- und Zahlungsbestimmungen stehen zu lassen. Eingeklagt ist nun aber nicht die dahin fixirte Verpflichtung, sondern es wird etwas wesentlich Anderes, nämlich die Ablösung des 10,000 Frkn. Briefes mit Uebernahme eines Vorstandes von 26,000 Fr. statt bloß 25,000 Fr. verlangt und da für dieses weitergehende, beziehungsweise inhaltlich ganz anders geartete Begehren ein Rechtstitel nicht besteht, so muß es eben abgewiesen werden. So wenig der Kläger den Vorstand von 25,000 Fr. ohne Zustimmung des Briefgläubigers Keller erhöhen durfte, so wenig war ihm das gestattet ohne Einholung der Zustimmung des Beklagten als desjenigen Dritten, der sich verpflichtet hatte, den Keller-schen Brief im Falle der Kündigung mit einem Vorstand von 25,000 Fr. zu übernehmen und so wenig der Briefgläubiger selbst hätte gezwungen werden können, seine Einwilligung zur Erhöhung des Vorstandes um 1000 Fr. zu geben gegen eine entsprechende Wertherhöhung des Unterpfandes durch Ueberbauen desselben, so wenig konnte der vertraglich als Rechtsnachfolger des Briefgläubigers in Aussicht genommene Beklagte dazu gezwungen werden und daraus folgt von

selbst, daß er auch die ohne seine Einwilligung veranlaßte Erhöhung des Vorstandes zurückweisen und erklären kann, er übernehme den 10,000 Fr. Brief mit dem um 1000 Fr. erhöhten Vorstand nicht. Die Wirkung des Grundpfandrechtes ist vom Anfang seiner Constituirung an die, daß es sich auf alle, also auch auf solche Einrichtungen erstreckt, welche erst zukünftig mit dem verpfändeten Grund und Boden dauernd verbunden werden sollten (§ 804 des P. G.-B.) und daraus folgt eben, daß sich der Pfandgläubiger auch dann keine Erhöhung der Vorstände gefallen lassen muß, wenn eine Wertherhöhung des Pfandobjektes durch Ueberbauen etc. veranlaßt wird; er hat zwar keinen Anspruch darauf, daß diese Wertherhöhung überhaupt veranlaßt werde, aber darauf, daß wenn sie veranlaßt werde, dieselbe ihm ganz im gleichen Verhältniß zu gut komme, wie der Werth des bisherigen Unterpfandes; eine erstellte Baute muß in die ganz gleichen Pfandrechtsverhältnisse eintreten wie der Grund und Boden bezw. in die nämliche Rangordnung und es geht nicht an, daß man einem Dritten ein allen bisherigen Pfandgläubigern *vorgehendes* Pfandrecht daran einräume, sofern die letztern ihre Einwilligung nicht dazu geben, dieser Fall liegt aber auch dann vor, wenn das Pfandrecht eines vorgehenden Gläubigers auf eine neu hinzugekommene Schuldsumme ausgedehnt wird. Aus dem Gesagten ergibt sich, daß der Standpunkt des Klägers, es müsse sich der Beklagte als eventueller Briefgläubiger deßwegen eine Erhöhung des 25,000 Fr. betragenden Vorstandes gefallen lassen, weil gleichzeitig mit derselben auch eine Wertherhöhung des Unterpfandes veranlaßt worden sei, unrichtig ist, die Unrichtigkeit dieses Standpunktes aber hat von selbst die Verwerfung des Hauptklagebegehrens zur Folge.

2. Das schon erstinstanzlich gestellte und auch in der Weisung enthaltene eventuelle Begehren geht dahin, daß der Beklagte den 10,000 Fr. Brief in einem auf 9000 Fr. reduzirten Betrage mit 26,000 Frkn. Vorstand übernehme. Allein wenn auch zugegeben werden mag, daß der Beklagte durch die Erfüllung dieses Begehrens in keine schlechtere Lage versetzt würde, als wenn er den Schuldbrief im vollen Betrage von 10,000 Fr., aber mit bloß 25,000 Frkn. Vorstand übernimmt, so kann er gleichwohl gegen seinen Willen nicht dazu angehalten werden, weil eine auf diese, inhaltlich ganz anders geartete Leistung gerichtete Verpflichtung nicht besteht. Der Schuldner ist nur verpflichtet, die schuldige Leistung so zu erfüllen, wie sie versprochen ist (§ 980 des P. G.-B.), nicht aber in einer andern Art und zwar das selbst dann nicht, wenn diese Art der Erfüllung nicht lästiger für ihn wäre. Da es also dem Beklagten convenirt, genau so zu erfüllen, wie er versprochen hat, d. h. den 10,000 Fr. Brief in vollem Umfange, aber nur mit einem Vorstand von 25,000 Fr. zu übernehmen, so ist einfach dieser Wille maßgebend.

3. Heute ist nun ein zweites eventuelles Begehren und zwar des Inhalts gestellt worden, daß der Beklagte zur Uebernahme des 10,000 Fr. Briefes mit bloß 25,000 Fr. Vorstand gegen die correspondirende Verpflichtung des Klägers, für die Reduktion des thatsächlich nun 1000 Fr. mehr betragenden Vorstandes sorgen zu wollen, verurtheilt werde. Allein dieses Begehren stellt sich im Verhältniß zu den zwei Andern nicht etwa als das Mindere im Mehreren dar, sondern es ist ein durchaus selbständiges, qualitativ besonderes Begehren und daraus folgt, daß weil dasselbe in der Weisung nicht enthalten ist, im gegenwärtigen Prozeß auch nicht darauf eingetreten werden kann. Der Kläger mag die Reduktion des Vorstandes auf 25,000 Fr. bewirken und dann den Beklagten auf Uebernahme des 10,000 Fr. Briefes mit dem reduzirten Vorstand von bloß 25,000 Fr. belangen, wenn er glaubt, daß derselbe auch dannzumal noch angehalten werden könne, das Geld auf Martini 1888 zu beschaffen. Die Einrede der abgeurtheilten Sache kann ihm jedenfalls nicht entgegengehalten werden, weil mit dem gegenwärtigen Urtheil nur über die Begehren, daß der Beklagte die 10,000 Fr. ablöse mit Uebernahme eines Vorstandes von 26,000 Fr. und daß er den 10,000 Fr. Brief bloß im Betrage von 9000 Fr. erwerbe, sich dagegen einen Vorstand von 25,000 Fr. gefallen lasse, nicht aber darüber entschieden wird, ob derselbe nicht verpflichtet wäre, den 10,000 Fr. Brief

in seinem vollen Umfange mit bloß 25,000 Fr. Vorstand zu übernehmen. Der Beklagte ist wohl auch erst dann gehalten, auf dieses Rechtsbegehren zu antworten, wenn einmal die Reduktion des Vorstandes von 26,000 Fr. auf 25,000 Fr. stattgefunden hat und so die Uebernahme des 10,000 Fr. Briefes mit dem kleinern Vorstand möglich ist, zumal die Frage vorher wohl eine rein hypothetische ist, d. h. eine Frage, deren Bejahung ohne allen praktischen Werth ist, wenn der Vorstand von 26,000 Frkn. nicht wirklich auf 25,000 Fr. reduzirt wird, ein Grund mehr, auf die dritte Eventualität nicht einzutreten.

Ein Bauprozess

mit verschiedenen interessanten Fragen.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 19. Juni 1888.

Der Eigenthümer eines Hofraumes, dessen jeweiligem Besitzer laut Notariatsprotokoll „unbedingtes Baurecht auf der Grenze“ zugesichert war, ließ im Amtsblatt vom 21. Oktober 1887 das Projekt für ein auf diesem Hofraum zu erstellendes Wohnhaus ausschreiben. Die Baupolizeibehörde (Gemeindrath Außersihl) fand dann aber, es seien die eingereichten Pläne unvollständig, weil die Situation eine Zufahrtsstrasse nicht angebe, die Mauerstärken nicht ersichtlich seien und Rück- und Seitenansicht sowie der Grundriß vom Dachboden fehlen. Gestützt auf diesen Befund beschloß dieselbe am 3. November 1887: „Wegen diesen Planmängeln wird das Bauprojekt abgewiesen.“

Am gleichen 3. November, jedoch bevor er von diesem gemeindräthlichen Beschluss Kenntniß hatte, wirkte der Nachbar des Bauherrn Inhibition aus, „weil auf die gemeinsame Grenze gebaut und auf der der Grenze zugewendeten Seite Fensterlichter angebracht werden wollen“ (§ 20 und 23 der städtischen Bauordnung). Die Ausführung der Baute wurde dem Bauherrn einstweilen untersagt und dem Einsprecher angezeigt, daß er den Streit innerhalb 8 Tagen, vom Tage des Befehls an, beim Friedensrichter anhängig zu machen, und sofern eine Ausgleichung nicht zu Stande komme, die Weisung binnen weitern 14 Tagen dem zuständigen Richter einzureichen habe, widrigenfalls die Inhibition erlösche (§ 590 des Rechtspflegegesetzes). Inzwischen hatte der Einsprecher vernommen, daß der Gemeindrath die Genehmigung des Bauprojektes verweigert habe, er glaubte deßhalb, daß dasselbe damit einfach dahin gefallen sei und sah sich aus diesem Grunde nicht veranlaßt, die ausgewirkte Inhibition weiter zu verfolgen. Dem Bauherrn fiel es aber anderseits nicht ein, sein Projekt aufzugeben, sondern er vervollständigte einfach die Pläne in den gerügten Richtungen und reichte sie am 14. November neuerdings ein, am 24. gl. Mts. beschloß indessen der Gemeindrath, es könne die Baubewilligung nicht ertheilt werden, bevor:

1. entweder der Nachweis beigebracht werde, daß die Rückfront auf die Grenze gesetzt werden dürfe, oder daß mit derselben 1,5 m (= 5') Abstand eingehalten und die Pläne dementsprechend abgeändert werden;
2. nachgewiesen werde, wie der Kübelraum von außen zugänglich gemacht werden könne; und
3. Pläne für die Ableitung des Abwassers in die Dohle der Limmatstrasse eingereicht werden.

Zu 2 und 3 vervollständigte daraufhin der Bauherr die Pläne und zu Punkt 1 legte er dem Gemeindrath einen, sein unbedingtes Baurecht auf die Grenze dokumentirenden Auszug aus dem Notariatsprotokoll und ein Zeugniß des Friedensrichteramtes vor, daß der Nachbar eine Inhibitionsklage nicht eingereicht habe. Nunmehr war der Gemeindrath befriedigt und ertheilte mit Beschluß vom 8. Dezember 1887 die Baubewilligung. Damit schien alles geordnet und die Bauausführung begann, nachdem aber die Umfassungsmauern für Keller und Planipied erstellt waren, suchte der Nachbar neuerdings um Ertheilung einer Inhibition nach und erhielt sie auch. Die bezügliche Verfügung des Gerichtspräsidenten datirt vom 29. März 1888 und nennt als Inhibitionsgründe, daß auf die gemeinsame Grenze gebaut, auf der dieser Grenze zuge-

wendeten Seite Fenster ausgebrochen werden und daß ein Vordach und der Mauerbestich ins Eigenthum des Inhibenten hinüberragen werden. Ueber diese Inhibitionsertheilung durch den Gerichtspräsidenten beschwerte sich der Bauherr bei der Rekurskammer des Obergerichtes, indem er geltend machte, es sei das Inhibitionsrecht seines Gegners dadurch, daß er die erste Inhibition nicht weiter verfolgt habe, erloschen, allein die Beschwerde wurde abgewiesen und zur Begründung angeführt: „Da der Gemeindrath das Bauprojekt wegen Unvollständigkeit der Pläne abwies, so war der Rekursgegner berechtigt, anzunehmen, daß damit die Sache für einstweilen erledigt sei und er eine Klage nicht einzuleiten brauche. Freilich hat dann der Gemeindrath nach Einreichung der vervollständigten Pläne eine Wiederholung der Publikation nicht für nöthig erachtet, allein dem Inhibenten darf das nicht zum Nachtheil gereichen.“

Nun kam es zum ordentlichen Prozeß, der Kläger stellte die Streitfrage aber nicht einfach dahin, ob seine Inhibition begründet sei, sondern dahin, ob der Beklagte nicht verpflichtet sei, seinen Neubau um 60 c/m zurückzusetzen und auf der ihm, dem Kläger, zugekehrten Seite keine Fenster auszubrechen. Das Bauen auf die Grenze an und für sich wurde hier nicht beanstandet, wohl aber das Fensterausbrechen und im Uebrigen geltend gemacht, es wolle ein Vordach angebracht werden, welches mit Kennel und Verkleidung 60 c/m in den Luftraum des Klägers hinüberrage, was sich dieser nicht gefallen lassen müsse. Von den Fundamentmauern wurde behauptet, daß sie die Grenzlinie theilweise überschreiten und das nämliche machte der Kläger bezüglich der Fensterbänke geltend; ferner wurde vorgebracht, daß der Mauerverputz die Grenze überragen müsse.

Der Beklagte wiederholte auch hier vor Allem aus die Einrede der Verwirkung jedes Einsprachsrechtes und glaubte im Uebrigen sowohl zum Ausbrechen von Fenstern als zum Ueberragenlassen eines mässigen Vordaches und der Fensterbänke etc. berechtigt zu sein.

Vom Kläger wurde geltend gemacht, daß die Einrede der Verwirkung seines Einspruchsrechtes im Inhibitionsverfahren bereits endgültig und rechtskräftig verworfen worden sei, also gar nicht mehr geltend gemacht werden könne und eventuell deßwegen nicht Stich halte, weil das gegenwärtig in Erage kommende Bauprojekt ein neues, vom frühern verschiedenes sei, das unter Ansetzung neuer Einsprachefristen hätte publizirt werden sollen.

Das Urtheil der zweiten Instanz lautet dahin: „Die Inhibition des Klägers ist in dem Sinne gutgeheißen, daß:

a) der Beklagte verpflichtet ist, seine Neubaute, soweit sie bereits ausgeführt ist, soweit zurückzusetzen, daß kein Theil derselben (weder Fundamentmauerwerk noch Fensterbänke, noch irgend etwas Anderes) über die Grenze hinausragt; und

b) daß die Weiterbaute des Beklagten mit keinem Theil über die Grenze hinausragen darf.

Im Uebrigen ist die Klage abgewiesen.“

Gründe:

1. Der Beklagte hat auch heute die schon erstinstanzlich vorgebrachte Einrede, daß Kläger jedes Inhibitionsrecht gegenüber seiner Baute verwirkt habe, wiederholt, dagegen ist vom Kläger die erstinstanzlich dieser Einrede opponirte Replik der abgeurtheilten Sache nicht weiter betont worden. Wollte man aber annehmen, er habe dennoch nicht darauf verzichten wollen, so muß diese Replik mit dem Bezirksgericht als materiell unbegründet zurückgewiesen werden. Definitiv hatte der summarische Richter bloß darüber zu entscheiden, ob ein vorläufiges Bauverbot ertheilt werden soll oder nicht, dagegen enthält die Ertheilung dieses vorläufigen Bauverbotes keine rechtskräftige Entscheidung darüber, daß dem Kläger überhaupt noch ein Inhibitionsrecht zustehe. Allerdings mußte diese Frage geprüft werden, allein die Prüfung und Entscheidung ist eben nur eine summarische und kommt ihr deßhalb auch nur vorläufiger bezw. bloß mit Bezug auf den Schluß, daß die weitere Bauausführung für einstweilen untersagt werde, definitiver Charakter zu. Im ordentlichen Prozeß, wo es sich darum handelt, ob das provisorische Bauverbot ein definitives werden soll, ist daher auch die Einrede der Verwirkung des Inhibitionsrechtes

neu zu prüfen und im Falle der Gutheißung eben die Klage abzuweisen bezw. das provisorische Bauverbot aufzuheben.

2. Der Kläger meint, die Einrede der Verwirkung seines Einspruchsrechtes sei deßwegen unhaltbar, weil das frühere Bauprojekt des Beklagten, gegen welches seine erste Inhibition gerichtet war, in Folge Nichtgenehmigung desselben durch die Baupolizeibehörde, den Gemeindrath Außersihl rechtlich dahin gefallen und das gegenwärtige Bauprojekt desselben ein neues sei, mit Bezug auf welches eine Ausschreibung und Fristansetzung zur Einspracherhebung gar nicht stattgefunden habe. Diese Ansicht ist aber eine irrthümliche. Gegenüber den Nachbarn ist das Gespann allein diejenige Anstalt, in welcher sich ein Bauprojekt verkörpert. Die Pläne gehören nicht dazu, diese haben nur Bedeutung für die baupolizeiliche Seite des Projektes, sie sollen diese klar stellen, nicht aber eine Grundlage bilden für die Prüfung der Frage, ob und welche rein privatrechtlichen Einsprachen allfällig erhoben werden können. Der Nachbar ist deßhalb auch nicht ausgeschlossen, mit Einsprachen, welche wohl aus den Plänen, nicht aber aus dem Gespann ersichtlich waren (siehe Rechenschaftsbericht des Obergerichtes vom Jahre 1877 pag. 13 u. f. No. 30). Daraus ergibt sich, daß die Abänderung oder Vervollständigung der Pläne nicht geeignet ist, das Projekt hinfällig, beziehungsweise zu einem andern zu machen, wenn und sofern dieselbe nicht gleichzeitig eine Abänderung der Stellung und äußern Gestalt des Gebäudes, wie solche durch das Gespann dargestellt wird, zur Folge hat. Daß der letztere Fall hier vorliege, ist nun aber gar nicht geltend gemacht worden und das Gegentheil ergibt sich denn auch aus den bezüglichen Verfügungen des Gemeindrathes Außersihl vom 3. und 24. November 1887, sowie aus dem heute beigebrachten Zeugnisse des technischen Bureaux. Die Ausdrucksweise in der ersteitirten Verfügung vom 3. November „das Bauprojekt wird abgewiesen“ entspricht nicht der Begründung. Die Meinung des Gemeindrathes war einfach die, daß die nachgesuchte Baubewilligung zur Zeit, d. h. auf Grundlage der vorliegenden unvollständigen Pläne nicht ertheilt werden könne, dagegen, sobald dem Mangel abgeholfen werde, der Ertheilung derselben nichts entgegenstehe. Die zweite Verfügung zieht in Zweifel, ob, wie gespannt war, auf die Grenze gebaut werden dürfe und verlangt deßhalb Ausweis, nachdem aber dieser in einer nach Ansicht des Gemeindrathes genügenden Weise geleistet worden war, so wurde die Baubewilligung am 8. Dezember und zwar für das ursprüngliche, wenn auch durch die vervollständigten Pläne hinsichtlich der Detailausführung besser dargestellte, nicht aber für ein neues Projekt ertheilt. Der Kläger ist zu voreilig gewesen, wenn er die Weiterverfolgung der ursprünglich ausgewirkten Inhibition deßwegen unterließ, weil er hörte, es habe der Gemeindrath die Ertheilung der Baubewilligung untersagt; er hätte sich vorerst Gewißheit über die Gründe der damaligen Nichtgenehmigung des Projektes Seitens der Baupolizeibehörde verschaffen und erst dann auf eine Weiterverfolgung seiner Inhibition verzichten sollen, wenn er hätte feststellen können, daß die Begehren des Gemeindrathes eine Abänderung des Bauprojektes in seiner durch das Gespann normirten Stellung und Gestalt zur Folge haben müssen. Sein vorschnelles Handeln gereicht ihm nun zum Schaden und es kann keine Rede davon sein, daß mit der Rekurskammer einfach dahin argumentirt werden dürfe, es habe Kläger, nachdem er vernommen, daß der Gemeindrath die Baubewilligung nicht ertheilt, ohne sich um die Gründe der Verweigerung bekümmern zu müssen, einfach annehmen dürfen, daß damit die Sache für einstweilen erledigt sei und er seine Klage nicht einzuleiten brauche.

4. Der aus dem Gesagten zu ziehende Schluß ist nun aber nicht völlig identisch mit demjenigen, den der Beklagte durch seine Einrede festgestellt haben will, denn er kann nicht dahin gehen, daß das Inhibitionsrecht des Klägers gegen die Bauausführung, wie sie der Beklagte begonnen hat und fortsetzen will, schlechterdings ausgeschlossen sei, sondern nur dahin, daß die Inhibition insoweit verwirkt ist, als die Bauausführung, wie sie begonnen worden ist und fortgesetzt werden will, mit dem durch das Gespann dargestellten

Projekt übereinstimmt. Soweit diese Uebereinstimmung nicht vorliegt, also die begonnene und fortzusetzende Bauausführung von dem durch das Gespann dargestellten Projekt abweicht, ist die Inhibition auch heute noch zulässig. Zu betonen ist auch hier, daß nur das Gespann, nicht aber die Pläne in Frage kommen, die Inhibition also noch zulässig ist, soweit sie sich gegen Vorrichtungen richtet, welche zwar aus den Plänen, nicht aber aus dem Gespann ersichtlich waren. Nur *eine* Einschränkung dieses Satzes muß hier gemacht werden, weil sie von praktischen Folgen begleitet ist, nämlich die, daß soweit Kläger gegen zwar aus den Plänen, nicht aber aus dem Gespann ersichtliche Vorrichtungen gleichwohl, d. h. trotzdem keine Pflicht dazu bestand, inhibirt hat, seine gegenwärtige Inhibition verwirkt ist, weil er, nachdem einmal Inhibition wegen eines bestimmten Einsprachegrundes ausgewirkt und ihm Frist zur Klageinleitung angesetzt worden war, gewiß auch die Pflicht hatte, dieser Auflage nachzukommen, ansonst eben die Androhung des Erlöschens seiner Inhibition wirksam wurde. Dieß ist der Fall mit Bezug auf die Einsprache gegen das Ausbrechen von Fenstern auf Seite des Klägers. Der letztere scheint aus den Plänen entnommen zu haben, daß Beklagter Fenster ausbrechen wolle und gerade damit, ja man kann wohl sagen einzig damit, denn gegen das fensterlose Bauen auf die Grenze wollte er wohl kaum etwas einwenden, — begründete er seine erste Inhibition, hat dann aber unterlassen, dieselbe weiter zu verfolgen und ist deßhalb mit der gegenwärtigen Einsprache gegen diese besondere Art der Bauausführung ausgeschlossen.

5. Der zweite Einsprachegrund richtet sich gegen das Projekt des Beklagten, ein die Eigenthumsgrenze überschreitendes, also in den Luftraum des Klägers hinüberragendes Vordach anzubringen. Ob dasselbe die Grenze bloß um 30 c/m überschreiten soll, wie der Beklagte behauptet, oder um 60 c/m, wie Kläger geltend macht, ist zunächst gleichgültig. Schon aus den ursprünglichen Plänen war ersichtlich, daß ein Vordach angebracht werden soll, aber natürlich nicht, daß damit über die Grenze gefahren werden wolle und übrigens wäre das auch gleichgültig, weil damit noch keineswegs gesagt wäre, daß der Kläger die Pläne auch richtig verstanden habe bezw. richtig habe verstehen müssen. In seiner ursprünglichen Inhibition ist vom Vordach nichts gesagt. Für die Frage der Verwirkung des Inhibitionsrechtes kommt es bloß darauf an, ob *das Baugespann* ein die Grenze überragendes Vordach angezeigt habe oder nicht, bejahendenfalls muß die Verwirkung angenommen, sonst aber verneint werden. Beweispflichtig dafür, daß das Gespann ein die Grenze überragendes Vordach angezeigt hat, ist natürlich der Beklagte, weil diese Thatsache zum Fundament seiner Einrede, daß das Inhibitionsrecht verwirkt sei, gehört. Ein dießfälliger Beweis ist nun aber weder geleistet noch in genügender Weise anerboten. Erstinstanzlich hat der beklagtische Vertreter in der Duplik allerdings den Beweis dafür offerirt, daß das Vordach aus dem Gespann ersichtlich gewesen sei, diese Beweisofferte ist aber ungenügend, denn erheblich ist nicht, daß das Gespann überhaupt ein Vordach angezeigt hat, sondern nur, daß es ein die Grenze überschreitendes Vordach angezeigt hat, dieser Satz aber ist nicht in die Beweisofferte aufgenommen. Wollte man aber sagen, daß dieselbe nach dem ganzen Zusammenhange doch nur diese Meinung gehabt haben könne, so ist damit gar nicht eine Thatsache, sondern ein Urtheil zum Beweise verstellt. Der Beklagte hätte die Grenze beschreiben und die Punkte bezeichnen sollen, auf denen die Gespannstangen gestanden haben und für den behaupteten Standort der Stangen (auf den Endpunkten der Grenzlinie) sowie dafür, daß die so aufgestellten Stangen oben überdem noch mit, die Grenze überragenden, ein Vordach anzeigenden Querlatten versehen gewesen seien, hätte dann der Beweis anerboten werden sollen. Uebrigens ist jenes erstinstanzliche ungenügende Beweisanerbieten zweitinstanzlich nicht einmal wiederholt worden, sondern es hat der Vertreter des Beklagten einfach ein Zeugniß des technischen Bureaux von Außersihl vorgelegt, in der Meinung, daß damit der seinem Clienten obliegende Beweie geleistet sei. Diese Ansicht ist aber irrthümlich, weil daß Zeug-

niß nur sagt, daß das Baugespann das in den Plänen enthaltene Vordach angegeben habe, aber nicht, daß die Gespannstangen genau auf der Grenze gestanden haben und somit aus den Querlatten auf ein die Grenze überragendes Vordach habe geschlossen werden müssen. Die Parteien scheinen allerdings darüber einig zu sein, daß das Gespann eine bis auf die Grenze vorrückende Baute angezeigt habe, allein darüber fehlt alle Klarheit, in welcher Form es die Baute dargestellt habe, ob mit bis zur Grenze reichenden Umfaßungsmauern plus Vordach, das dann über die Grenze gekommen wäre oder mit etwas zurückstehenden Umfassungsmauern aber bis zur Grenze reichendem Vordach. Gewiß muß man auch im letztern Fall, da ja das Vordach ein Theil des Gebäudes ist, von einer auf die Grenze projektirten Baute reden, jebenfalls aber konnte der Beklagte die Sache so auffassen. Er hat nirgends anerkannt, daß die Gespannstangen hart auf den Grenzpunkten gestanden haben und dagegen scheint wenigstens der Umstand zu sprechen, daß er bei Auswirkung der ersten Inhibition vom Vordach gar nichts sagte, was doch kaum verständlich wäre, wenn die Querlatten nicht bloß bis zur Grenze, sondern über dieselbe hinaus gezeigt hätten. Zudem ist nicht sicher, daß die Querlatten richtig angebracht waren, der Beklagte hat kein Wort über dieselben verloren. Daß der Kläger sich ein in seinen Luftraum überragendes Vordach nicht gefallen wollte und deßhalb gewiß schon die erste Inhibition darauf ausgedehnt hätte, wenn die Ueberragung deutlich genug zu Tage getreten wäre, ergibt sich am besten daraus, daß er, nachdem die Baute begonnen und die Umfaßungsmauern hart auf die Grenze gesetzt waren, sofort neue Einsprache erhob und hier auch des Vordaches Erwähnung that, dessen Anbringung nun nicht mehr zweifelhaft sein konnte.

6. Ist hienach die Inhibition bezüglich des Vordaches nicht verwirkt, so muß sie auch gutgeheißen werden, weil es dem Beklagten durchaus an jedem Titel, in den Luftraum des Klägers hinüberzubauen, fehlt. Er stützt sich zwar auf sein kanzleiisches „unbedingtes Baurecht auf der Grenze“, allein gewiß mit Unrecht, denn selbst das *unbedingte* Baurecht auf der Grenze ist eben nur ein solches auf der Grenze und nicht über dieselbe hinaus. Der Ausdruck „unbedingt“ gestattet eine beliebige Art der Bauausführung, also z. B. auch mit Ausbrechen von Fenstern, weßhalb sich Kläger gegen das letztere, selbst wenn er seine Einsprache dießfalls nicht verwirkt hätte, kaum mit Erfolg hätte wehren können, diese beliebige Art der Bauausführung ist aber eben räumlich eingeschränkt auf den eigenen Grund und Boden und den über diesem befindlichen Luftraum. Wollte man weiter gehen, so wäre damit nicht bloß gesagt, daß Kläger oder sein Rechtsvorfahr durch das Gestatten, auf die Grenze zu bauen, auf die gesetzliche Servitutsberechtigung, daß der Nachbar mit einer Baute 5′ von der Grenze entfernt bleibe, verzichtet habe, sondern, daß darüber hinaus noch eine positive Belastung seines Grundeigenthums constituirt worden wäre, eine Folgerung, die gewiß als zu weitgehend erklärt werden müßte. Das Vordach, wenn eines angebracht werden will, hat also innerhalb der Grenze zu bleiben.

7. Nach dem Zeugnisse des Ingenieur Benz reicht ein Kellerfenstergewände 2 c/m über die Grenze und ragen die bereits erstellten Fensterbänke im Planipied um 1—4 c/m in den Luftraum des Klägers hinüber; ferner erklärt der Beklagte, daß er auch die Fensterbänke der übrigen Stockwerke um 2—3 c/m hinüber ragen lassen wolle. Er hat aber zu allen diesen Eingriffen in die Eigenthumssphäre des Klägers kein Recht, denn seine Theorie, daß die Befugniß dazu aus dem unbedingten Baurecht auf die Grenze folge, ist bereits widerlegt worden. Von einer Verwirkung des Inhibitionsrechtes kann hier keine Rede sein, weil die fraglichen Eingriffe natürlich weder aus den Plänen noch aus dem Gespann ersichtlich waren. Soweit also bereits hinübergebaut ist, muß eine Zurücksetzung auf die bezeichnete Grenze erfolgen. Dieß gilt natürlich auch von allfällig über die Grenze vorspringendem Fundamentmauerwerk. Ob und wie weit dieses vorspringe, mag im Executionsverfahren festgestellt werden. Bezüglich der Weiterbaute ist dem Beklagten einfach zu untersagen, mit irgend

welchen Bestandtheilen, heißen sie, wie sie wollen, also auch mit dem Mauerverputz, die gezogene Grenze zu überschreiten.

Prozessualisches.

Beitrag zur Frage, inwieweit (beziehungsweise unter welchen Voraussetzungen) der Richter im Civilprozeß über eine Forderung aus strafbarer Handlung lediglich auf den Inhalt der Strafuntersuchungsakten abstellen darf. (Obergericht Zürich, Appellationskammer, 16. Juni 1888.

Am 2. September 1887 tödtete der Wirth Gottfried Meier in Obermeilen den Löther August Rüegg daselbst mittelst eines Revolverschusses. Die deßwegen gegen ihn eingeleitete Strafuntersuchung wurde aber von der Staatsanwaltschaft mit Genehmigung der Justiz- und Polizeidirektion sistirt, weil der Angeklagte im Zustande der Nothwehr gehandelt und dabei auch die Grenzen der erlaubten Vertheidigung *nicht* überschritten habe. Ein von den Hinterlassenen des Getödteten gegen diese Sistirung an den Regierungsrath gerichteter Rekurs blieb ohne Frfolg und war damit die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Meier erledigt. Die Wittwe und Kinder des Rüegg glaubten nun aber denselben wenigstens civilrechtlich verantwortlich machen zu können, und strengten deßhalb unter Berufung auf die Art. 50, 51, 52, 54 und 59 des O.-R. eine Schadenersatzklage gegen denselben an. Der Beklagte bestritt die Schuldpflicht unter Berufung auf den Art. 56 des O.-R., wonach die Ersatzpflicht wegfällt bei einer Schädigung, welche durch Nothwehr entschuldigt wird, die Kläger bestritten nun aber, daß für die Frage, ob der Beklagte in Nothwehr gehandelt und eventuell die Grenzen derselben nicht überschritten habe, einfach die in der Strafuntersuchung gemachten Erhebungen maßgebend seien. Sie verneinten dieß hauptsächlich mit der Begründung, daß ihnen keine Gelegenheit gegeben worden sei, den Zeugeneinvernahmen beizuwohnen und deßhalb die Untersuchung keineswegs Anspruch auf Genauigkeit und Vollständigkeit machen könne. Um diesen Satz näher zu substantiiren, stellten sie verschiedene spezielle Beweissätze auf, welche zeigen sollten, daß von Nothwehr keine Rede sein könne und beriefen sich dafür sowohl auf die bereits in der Strafuntersuchung einvernommenen als auch auf andere, noch nicht abgehörte Zeugen.

Die erste Instanz lehnte das von den Klägern beantragte Beweisverfahren ab und entschied den Prozeß einfach auf Grundlage der Parteivorträge und der Strafuntersuchungsakten. Das Resultat war die Annahme, es sei die Tödtung des Rüegg seitens des Beklagten Meier durch Nothwehr entschuldigt und falle somit die Ersatzpflicht weg.

Die Appellationskammer des Obergerichtes hob jedoch das erstinstanzliche Urtheil auf und wies die Akten zurück mit dem Auftrag, bezüglich derjenigen Thatsachen, welche die Kläger zum Beweise dafür, daß Nothwehr nicht vorliege, speziell angeführt haben, das verlangte Beweisverfahren durchzuführen.

Gründe:

1. Die erste Instanz gelangte auf Grund der Parteivorträge und der vom Statthalteramt Meilen über die Tödtung des Ehemannes bezw. Vaters der Kläger durch den Beklagten Gottfried Meier geführten Strafuntersuchung zu dem Schlusse, es sei die Tödtung in berechtigter Nothwehr erfolgt, also könne von einem daherigen Schadenersatzanspruch nicht die Rede sein. Dieser Schlußfolgerung müßte beigepflichtet werden, wenn durch die Strafuntersuchungsakten der Hergang bei der Tödtung des Ehemannes und Vaters Rüegg wirklich in formell unanfechtbarer Weise aufgeklärt und festgestellt wäre. Diese Voraussetzung trifft aber nicht zu.

2. Es sind nämlich gerade die zunächst betheiligten Zeugen nicht in der für den Strafprozeß vorgeschriebenen Form (vergl. § 784 des Rechtspflegegesetzes) abgehört worden. Die Einvernahme derselben erfolgte, wie es unmittelbar nach der That in der Nacht selbst auch nicht wohl anders sein

konnte, lediglich in der Form vorläufiger polizeilicher Erhebungen, ohne daß dem angeklagten und geschädigten Theil Gelegenheit gegeben wurde, den Verhandlungen beizuwohnen. Es wurde auch der Thäter G. Meier erst einige Tage später, wahrscheinlich lediglich aus formellen Gründen, als Angeschuldigter einvernommen, nachdem er zuerst, wie die übrigen Betheiligten lediglich zur Auskunftsertheilung bezw. Erzählung des Herganges angehalten worden war. Es ist nun natürlich in der Strafuntersuchung nicht statthaft, die Zeugenverhöre in der Form bloß polizeilicher Erhebungen vor sich gehen zu lassen und so die Anwesenheit der Angeschuldigten und der Geschädigten bezw. ihrer Vertreter auszuschließen. Deßhalb wäre es wohl auch richtiger gewesen, wenn die Staatsanwaltschaft vor der Sistirung des Verfahrens gegen G. Meier eine erneute formell richtige Einvernahme wenigstens der Hauptzeugen angeordnet hätte; im Falle der Beurtheilung der Sache durch das Schwurgericht wäre der Mangel durch die mündliche Hauptverhandlung selbst gehoben worden.

3. Unter diesen Umständen darf das Beweisanerbieten der Kläger, falls es nicht unerheblich ist, nicht unberücksichtigt gelassen werden. Nun hat sich der klägerische Vertreter in prozeßualisch richtiger Weise nicht etwa darauf beschränkt, einfach die Einvernahme der in der Strafuntersuchung bereits befragten Thatzeugen zu verlangen. Er hat vielmehr einzelne Thatsachen zum Beweise verstellt, aus denen das Nichtzutreffen des Nothwehr-Rechtes folgen soll und da nicht zum Voraus gesagt werden kann, daß diese Thatsachen unerheblich oder unschlüssig seien, so muß das Beweisanerbieten gehört werden, obgleich allerdings gewichtige Zweifel darüber berechtigt sind, ob die Darstellung der als Zeugen neuerdings zu Befragenden eine wesentlich andere sein werde als in ihrer Befragung durch den Statthalter in der Kriminaluntersuchung.

Separatkonkurs.

Zur Frage der Zuständigkeit des Konkursrichters bezüglich einer in demselben entstandenen Streitigkeit.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 23. Juni 1888.

Ueber die im Bezirk Dielsdorf gelegenen Liegenschaften des verstorbenen Leopold Oppenheim in Lengnau ist auf Ansuchen des Bezirksgerichtes Zurzach ein Separatkonkurs eröffnet worden und in diesem wurde als grundversicherte Schuld unter die Passiven aufgenommen eine Post von 2740 Fr. laut Schuldbrief vom 23. November 1876 zu Gunsten der Garantiegenossenschaft Stadel. Hiezu bemerkte der Notar: „Laut Mittheilung der Creditorschaft ist obiger Brief abbezahlt und zwar am 16. Juni 1882; derselbe soll als Faustpfand bei der Spaarkasse Zurzach liegen.“ In der That berichtete die Spaar- und Leihkasse Zurzach mit Eingabe vom 12. August, daß dieser Brief von Leopold Oppenheim ihr unterm 14. Juli 1882 für ein ihm gemachtes Darlehen als Faustpfand hinterlegt worden sei.

Diese Faustpfandansprache wurde Seitens eines Gläubigers bestritten und es hat der Konkursrichter des Bezirksgerichtes Dielsdorf mit Erkenntniß vom 5. Mai 1888 das angesprochene Faustpfandrecht als ungültig erklärt und die Ansprache abgewiesen.

Ueber diesen Entscheid beschwerte sich die Leihkasse Zurzach. Sie stellte den Antrag auf Gutheißung der Ansprache und formulirte diese dahin, es stehe der Ansprecherin das Recht zu, Forderung und Pfandrecht an den Liegenschaften des Konkursiten gemäß dem Inhalte des Schuldbriefs vom 23. November 1876 geltend zu machen.

Das Resultat war das, daß die zweite Instanz das angefochtene Erkenntniss aufhob und die Behandlung der Streitfrage wegen Inkompetenz von der Hand wies.

Gründe:

1. Der Anspruch aus dem Schuldbrief an sich ist nicht streitig und konnte nicht streitig sein, da schon nach § 848 des frühern privat-

rechtlichen Gesetzbuches die Grundversicherung nur durch kanzleiische Löschung unterging und lediglich dem unredlichen Besitzer die Einrede der Nichtschuld entgegengehalten werden konnte, wobei nach § 500 jedenfalls der Schuldner für die Unredlichkeit des Besitzes beweispflichtig war.

2. Streitig dagegen ist die Frage, ob die Ansprecherin und Rekurrentin den Anspruch aus dem Schuldbrief gestützt auf den Titel des Faustpfandrechtes geltend machen könne und diese ist davon abhängig, ob sie am Schuldbrief selbst ein gültiges Faustpfandrecht erworben hat oder nicht. Einen Entscheid darüber zu geben, steht nun aber dem Konkursrichter Mangels Competenz nicht zu.

3. Nach dem Konkordat „über die Effekten eines Falliten, die als Pfand in Creditors Händen in einem andern Kanton liegen" vom 7. Juni 1810 bis 8. Juli 1818 ist der Streit über das Pfandrecht an solchen Effekten vor dem competenten Richter desjenigen Kantons geltend zu machen, in welchem die Effekten sich befinden.

4. Wenn man aber auch annehmen wollte, die Parteien haben durch stillschweigendes Uebereinkommen diese örtliche Zuständigkeit anders bestimmt, so fehlt es doch an der Gerichtsbarkeit und zwar aus folgendem Grunde: Im Bezirk Dielsdorf ist lediglich ein Separatkonkurs durchzuführen, der einzig die Liquidation des dort gelegenen Grundeigenthums des Konkursiten zum Zweck haben konnte. Diese Liquidation konnte nun geschehen ohne die Frage des Faustpfandrechtes hierorts auszutragen und ist auch in der That ohne dieses durchgeführt worden. Laut Auszug aus dem Notariatsprotokoll hat der Notar die Liegenschaften, auf welchen der angeblich verpfändete Schuldbrief haftet, auf öffentlicher Gant versteigert unter eventueller Vorstellung und Ueberbindung dieser Briefschuld. Ebenso hat die Konkursmasse in Zurzach den Schuldbrief veräußert; einerseits hat also der angebliche Faustpfandgläubiger seine Rechte am Versilberungserlös des Briefes in Zurzach geltend zu machen, anderseits mag sich der neue Erwerber des Briefes an den Erwerber der Liegenschaften halten oder umgekehrt der letztere den erstern auf unbeschwerte Herausgabe des Briefes belangen; überall hat der Notar des Kreises Niederglatt als Verwalter der Separatmasse oder der Konkursrichter von Dielsdorf nichts mehr mit der Sache zu thun.

Auszüge

aus Entscheidungen der Rekurskammer des zürcherischen Obergerichtes.

I.

Gesellschaftsrecht.

Zur wirksamen Einreichung der Insolvenzerklärung einer Collektivgesellschaft ist die Zustimmung sämmtlicher Gesellschafter erforderlich (Art. 535, 532 und 561 des O.-R.)

17. Juli 1888.

Am 14. Mai 1888 reichte einer von zwei Kollektivgesellschaftern, L., dem Bezirksgerichtspräsidium Zürich Namens der Firma die Insolvenzerklärung ein und es erklärte sich nachträglich sein Mitgesellschafter B. damit einverstanden, am 25. März zog dann aber L. die Insolvenzerklärung wieder zurück und diesem Rückzug wurde vom Gerichtspräsidenten Folge gegeben. Damit scheint indeßen B. nicht einverstanden gewesen zu sein, statt aber gegen den einseitigen Rückzug der Insolvenzerklärung Seitens seines Mitgesellschafters bezw. gegen die Berücksichtigung dieses Rückzuges durch den Gerichtspräsidenten zu recuriren, gab er am 16. Juni von sich aus und zwar ebenfalls Namens der Firma eine neue Insolvenzerklärung ab, allein mit Zuschrift vom 23. Juni zog L. dieselbe ebenso einseitig wieder zurück und der Gerichtspräsident verfügte in der That am gleichen Tag die Aufhebung des Konkurses. Erst jetzt reichte B. Rekurs ein, und zwar dehnte er seine Beschwerde nicht blos auf die letzte Verfügung vom 23. Juni, sondern auch auf die erste Konkursaufhebung vom 25. Mai aus. Er verlangte die Eröffnung des Konkurses, insbesondere auch deßhalb, weil die Firma durchaus insolvent sei und die Creditoren durch weiteres Zusehen geschädigt werden. Die Beschwerde

wurde jedoch von der Rekurskammer abgewiesen und zwar soweit sie gegen die Konkursaufhebung vom 25. Mai gerichtet war, wegen Verspätung und soweit sie sich auf die Konkursaufhebung vom 23. Juni bezog, als materiell unbegründet.

Gründe:

1. Ein Rekurs gegen Konkursaufhebungen ist unzweifelhaft zulässig; es folgt dieß aus dem in § 35 des Konkursgesetzes statuirten Rekursrecht gegen Konkur*eröffnungen*.

2. Was die Rekursfrist anbetrifft, so gilt in Ermangelung einer besonderen Rekursfrist diejenige von 10 Tagen (§ 693 des Rechtspflegegesetzes). Diese Frist läuft den Beteiligten im vorliegenden Falle vom Datum der Verfügung an, denn eine besondere Mitteilung ist weder vorgeschrieben noch üblich. Hieraus folgt vor Allem, daß der Rekurs gegen die Konkursaufhebung vom 25. Mai verspätet ist, da derselbe erst am 28. Juni eingereicht wurde.

3. Was nun die Konkursaufhebung vom 23. Juni 1888 anlangt, so ist hierauf, da der Rekurs rechtzeitig eingereicht wurde, einzutreten. Für den Entscheid fällt insbesondere in Betracht, einmal, ob jeder zur Vertretung der Gesellschaft befugte Gesellschafter eine Insolvenzerklärung selbständig abgeben und sodann eventuell, ob jeder dieselbe wieder einseitig zurückziehen könne. Da das zürcherische Konkursgesetz hierüber keine besondere Bestimmung enthält, so kommen die allgemeinen Rechtsgrundsätze über das Verhältniß der Kollektivgesellschafter unter sich zur Anwendung. Nach Art. 555 des O.-R. richtet sich dieses Rechtsverhältniß zunächst nach dem Gesellschaftsvertrag, da dieser aber keine für den Entscheid der vorliegenden Frage verwendbare Bestimmung enthält, so kommen nach dem nämlichen Art. 555 die Bestimmungen der Art. 526 bis 542 über einfache Gesellschaft zur Anwendung. Nach Art. 535 des O.-R. begreift das Recht der Geschäftsführung nur die Vollmacht zur Vornahme aller derjenigen Rechtshandlungen in sich, welche der *gewöhnliche Betrieb* der gemeinsamen Geschäfte mit sich bringt, währenddem zur Vornahme von Rechtshandlungen, die über diesen Betrieb hinausgehen, nach dem nämlichen Art. 535 in Verbindung mit Art. 532, wonach Gesellschaftsbeschlüsse nur mit Zustimmung aller Gesellschafter gefaßt werden können, die *besondere* Einwilligung *sämmtlicher* Gesellschafter erforderlich ist. Hieraus folgt nun aber, daß es zur Einreichung der Insolvenzerklärung einer Collektivgesellschaft der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf, denn es ist dieß gewiß eine außerhalb des regelmäßigen Geschäftsbetriebes stehende Maßregel, welche einen mit Zustimmung aller Gesellschafter gefaßten Gesellschaftsbeschluß voraussetzt. Es hat somit der Gerichtspräsident bei Abgabe der ersten Insolvenzerklärung des Rekursgegners L. mit Recht die Zustimmung des Rekurrenten B. verlangt. In gleicher Weise hätte auch der einseitigen Insolvenzerklärung des Rekurrenten B. keine Folge gegeben werden sollen. Nachdem dieß aber geschehen, ist der Rückzug der Erklärung Seitens des Rekursgegners als Einsprache gegen diese Erklärung aufzufassen und es hat der Gerichtspräsident diese Einsprache mit Recht durch Aufhebung des Konkurses berücksichtigt. Zu einem andern Resultat kann auch die Herbeiziehung von Art. 561 des O.-R. nicht führen, denn abgesehen davon, daß derselbe vom Vollmachtsverhältniß der geschäftsführenden Collektivgesellschafter gegenüber Dritten handelt, währenddem hier das Vollmachtsverhältniß nach innen in Frage kommt, statuirt er nur die Ermächtigung, im Namen der Gesellschaft alle Arten von Rechtshandlungen und Geschäften vorzunehmen, *welche der Zweck der Gesellschaft mit sich bringt*, die Herbeiführung des Konkurses gehört aber nicht zum Zwecke der Gesellschaft, sondern bedeutet gegentheils das Ende derselben.

4. Was die Frage anbelangt, ob die Firma überschuldet sei und ob deßhalb die Eröffnung des Konkurses im Interesse der Gläubiger liege, so ist hierauf aus dem Grunde nicht einzutreten, weil unser Gesetz eine Eröffnung des Konkurses von *Amteswegen* beim blossen Nachweis der Insolvenz eines Schuldnicht kennt (§ 22 des Konkursgesetzes). Uebrigens könnte nach den Akten nicht einmal

als erwiesen betrachtet werden, daß die Firma insolvent ist. Sie ist zwar in erheblichem Maße bedrängt, aber nach dem Zeugnisse des mit der Bereinigung der Bücher betrauten Experten besitzt die Firma mindestens noch ein Vermögen von 50,000 Fr., sofern die Einschüsse der Angehörigen des Rekurrenten nicht als Firmaschulden, sondern als Einlagekapital betrachtet werden. Es darf denn auch unbedenklich angenommen werden, daß diese Bedrängniß wesentlich eine Folge der nach Angabe des Sachverständigen vernachläßigten Buchführung ist und sich möglicherweise ohne eine Katastrophe heben läßt.

II.

Hohe Schuldbetreibung.

Die Unmöglichkeit, dem Schuldner das Doppel der Durchführungsanzeige zuzustellen (§ 114 des Schuldbetreibungsgesetzes) hindert das Entstehen des mit Uebermittlung der letztern an den Gläubiger verknüpften Rechtes auf Konkurseröffnung nicht. *30. Juli 1888.*

Mit Verfügung vom 9. Juli 1888 wies das Bezirksgerichtspräsidium Bülach das, auf eine vom 3. Juli datirte Durchführungsanzeige gestützte Begehren des Ferdinand Raths, Bäcker in Riesbach, um Eröffnung des Konkurses über Hermann Wipf, Bäcker in Rafz, ab, weil dem Schuldner weder die Warnung vor dem Konkurse noch die Durchführungsanzeige habe zugestellt werden können.

Ueber diese Verfügung beschwerte sich Raths und die Rekurskammer des Obergerichtes hieß denn auch die Beschwerde gut und wies den Gerichtspräsidenten an, dem Konkursbegehren des Rekurrenten zu entsprechen.

Gründe:

Das Konkursverfahren ist gemäß § 22 des Konkursgesetzes zu eröffnen, wenn ein Gläubiger gestützt auf eine Durchführungsanzeige dies begehrt. Ein solches Begehren hat nun Rekurrent rechtzeitig gestellt, nachdem die niedere und die hohe Betreibung gegen den Schuldner durchgeführt waren. Aus der Durchführungsanzeige ergibt sich zwar, daß dieselbe dem Gemeindammann von der Ehefrau des Schuldners mit dem Bemerken zurückgegeben wurde, ihr Mann sei nach Amerika verreist. Daß auch schon die Warnung vor dem Konkurs dem Schuldner nicht mehr zur Kenntniß gelangt sei, ist aus den Akten nicht ersichtlich. Da die Durchführungsanzeige gemäß § 114 des Schuldbetreibungsgesetzes kein eigentlicher Betreibungsakt mehr ist, durch welchen dem Schuldner eine weitere Zahlungsfrist angesetzt wird, sondern lediglich eine Modifikation zu Handen des Gläubigers, so ist es auch gleichgültig, ob das Doppel davon dem Schuldner noch angelegt werden konnte oder nicht. Mit der Durchführungsanzeige hat der Creditor das Recht erhalten, Eröffnung des Konkurses zu verlangen und es ist einem solchen Begehren einfach Folge zu geben (siehe Obergerichtlicher Rechenschaftsbericht 1884 No. 5.) Es kann sich überhaupt fragen, ob die Vorschriften der §§ 170—172 des Schuldbetreibungsgesetzes noch auf dieses Stadium der Betreibung Anwendung finden, denn der Grund jenes Verfahrens, dem Schuldner Gelegenheit zur Zahlung oder Erhebung von Einreden zu geben, trifft hier nicht mehr zu.

III.

Betreibung auf den Konkurs.

Eine nichtige Betreibung kann niemals die Grundlage für eine Konkurseröffnung bilden. Die bei einem nicht zuständigen Gemeindammann angehobene und von ihm durchgeführte Betreibung ist *absolut* nichtig. 21. Juli 1888.

Heinrich Heußer, Sohn, welcher nachgewiesenermaßen seit 1876 in der Stadt Zürich niedergelassen ist, dagegen in Unterstraß in Arbeit steht, wurde von Frau Groß-Stüßi in Eglisau durch das Mittel des Gemeindammannamtes Unterstraß für eine laufende Forderung bis zum Konkurse betrieben und dieser mit Verfügung vom 4. Juli über ihn eröffnet.

Ueber diese Konkurseröffnung beschwerte sich Heußer und verlangte Aufhebung derselben, weil die Betreibung bei einem *nicht* zuständigen Gemeindammann angehoben worden sei. Die Gläubigerin dagegen verlangte Abweisung des Rekurses, weil der Rekurrent sich die Betreibung in Unterstraß stillschwei-

gend habe gefallen lassen, die Beschwerde wurde aber entgegen diesem Antrage gutgeheißen und demzufolge das über Heußer eröffnete Konkursverfahren wieder aufgehoben.

Gründe:

Gemäß § 17 des Schuldbetreibungsgesetzes ist für die Schuldbetreibung der Gemeindammann des Wohnortes des Schuldners zuständig. Diese Bestimmung des Executionsprozesses ist eine zwingende und vom Parteiwillen unabhängige (siehe Obergerichtlicher Rechenschaftsbericht 1876 No. 10). Es ist deßhalb jede Betreibung, welche gegen diesen Rechtssatz verstößt, nichtig. Hier hätte der Gemeindammann die Pflicht gehabt, die Angabe sofort wegen Unzuständigkeit von der Hand zu weisen. Wenn der Gemeindammann dies unterlassen hat und der Schuldner der Sache den Lauf ließ, so ist deßhalb die an sich nichtige Betreibung nicht rechtsbeständig geworden. Gestützt auf eine nichtige Betreibung kann aber auch keine Konkurseröffnung erfolgen.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. Oktober 1888. VII. Band. № 18.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Forderung aus unerlaubter Handlung.
(Art. 50, 51 und 55 des O.-R.)

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 28. August 1888.

Am 29. Dezember 1882 wurde folgender Eintrag ins Handelsregister des Kantons Luzern gemacht und am 4. Januar 1883 publizirt: „Inhaber der Firma „Gebrüder Businger" in Luzern ist Emil Businger von und in Luzern. Natur des Geschäftes: Getreidekommissionsgeschäft *und Lagerhäuser*". Am 11. Februar 1884 bewilligte der hohe Bundesrath auf spezielle Befürwortung der Regierung des Kantons Luzern der Firma Gebrüder Businger die Benutzung der ihr zustehenden Lagerhäuser am Bahnhof Luzern *als eidgenössisches Niederlagshaus* für Wein unter verschiedenen Bedingungen. Am 1. Mai 1884 wurde darauf der Niederlagskeller eröffnet. Die Vergünstigung, die seinen Inhabern aus der bundesräthlichen Bewilligung erwuchs, besteht darin, daß sie den eidgen. Zoll auf den in den Keller gelangenden italienischen Weinen erst nach Ablauf eines Jahres und das kantonale Ohmgeld erst nach Ablauf von 6 Monaten bezahlen mußten und zwar, wenn wir die Sache wenigstens recht verstehen, nur von denjenigen Weinen, die innerhalb der genannten Zeiträume nicht wieder ins Ausland verkauft wurden. Die von den italienischen Producenten in den Niederlagskeller gelieferten Weine wurden von den Gebrüdern Businger als Commissionäre d. h. in der Meinung übernommen, daß sie dieselben zwar in eigenem Namen, aber für Rechnung der Committenten gegen Provision zu verkaufen hatten. Thatsächlich stimmt aber der Geschäftsbetrieb derselben nach der vorliegenden Expertise insofern mit ihrer Stellung als Commissionäre nicht überein, als sie den Committenten einfach die mit denselben vereinbarten Verkaufslimiten, und nicht die wirklich erzielten, vielfach höhern Verkaufspreise gutschreiben, was weder mit der Vorschrift von Art. 436 des O.-R., noch mit derjenigen des Art. 444 übereinstimmt. Alle eingegangenen Weine wurden von der, Seitens der italienischen Regierung in Luzern errichteten oenotechnischen Station untersucht und durften erst verkauft werden, nachdem sie für reell befunden worden waren.

Die kaufmännische Gesellschaft Zürich gibt jedes Jahr einen Bericht über Handel und Industrie im Kanton Zürich heraus. Dazu bedarf sie selbstverständlich der Mitwirkung einer Reihe von Berichterstattern über den Gang der einzelnen Industriezweige. Ein solcher Berichterstatter über den „Weinhandel"

war seit dem Jahre 1878 der Weinhändler Bernhardt Staub in Zürich. In dieser Eigenschaft funktionirte derselbe auch bei der Herstellung des Jahresberichtes für das Jahr 1884. In diesem Jahresbericht findet sich in dem von ihm bearbeiteten Abschnitte „Weinhandel" (Seite 108 und 109) folgende Stelle:

„Ferner glaubten die Regierungen zweier Nachbarstaaten Schritte thun zu sollen, um den Absatz der Weine ihrer Länder in der Schweiz direkt zu heben. Die italienische Regierung förderte und unterstützte nämlich direkt die Gründung eines Niederlagskellers für italienische Weine in Luzern und die östreichisch-ungarische Regierung nahm die Anlegung eines Transitkellers in Buchs (als dem Schnittpunkt der Arlberglinie mit der Schweiz) und die Kreirung einer Filiale des Budapester Landes-Musterkellers in Zürich selbst an die Hand."

„Das Bureau der „Kaufmännischen Gesellschaft Zürich" ist nicht in der Lage, in diesen Angelegenheiten ein Urteil abzugeben; es sieht sich aber auch nicht veranlaßt, den nachstehenden Bemerkungen eines Mitarbeiters die Wiedergabe zu versagen. „Obwohl diese Institutionen — sagt einer unserer Berichterstatter, — sich an ihre Regierungen anlehnen, machen sie im Ganzen wenig von sich reden und scheinen bis jetzt ihren Zweck nicht erreicht zu haben. Sie sind übrigens vom Standpunkte des Weinhändlers aus ebenso wenig empfehlenswert, als von demjenigen des Konsumenten, obwohl die Gründer den letztern besondere Vortheile in Aussicht stellten. Grundbesitzer, die ihre Weine in Consignation nach der Schweiz schicken können, müssen reiche Leute sein und werden in diesem Falle für ihr Produkt, das gewöhnlich nicht um so besser ist, hohe Preise verlangen oder aber, es werden geringe, schlechte Weine hergesandt, was wieder nur zu bedauern ist. *Wir haben uns vom Niederlagskeller in Luzern Muster verschafft*; *dieselben waren so geringer Qualität, dass wir uns schämen würden, ähnliches Zeug auf den Markt zu bringen etc.*"

Ueber die Art, wie Herr Staub sich diese Muster verschafft hat, lassen wir seine im Prozeße abgegebene persönliche Erklärung folgen, die wörtlich lautet:

„Ich bezog die betreffenden Muster Ende August oder Anfangs September 1884 durch meinen Reisenden, Franz Müller, Wirt in Schaffhausen; ich versuchte dieselben und fand einige, besonders eines, ganz miserabel. Es waren der Muster 4—6, genau weiß ich es nicht. Der Reisende hatte von mir Auftrag, durfte aber meinen Namen nicht nennen. Die Lagernummern der bemusterten Weine kann ich nicht angeben; ob dieselben überhaupt nummerirt waren, weiß ich nicht. Die Preise kenne ich nicht. Zuerst wurden die Muster von mir gekostet, ohne daß ich mich darüber geäußert hätte, nachher von Herrn Müller, Kellermeister Staub und Prokuraträger Jäggli. Alle fanden die Muster schlecht, wie ich vorher auch. Meinen Bericht für das Jahr 1884 gab ich im Januar 1885 ab, sicher weiß ich den Zeitpunkt nicht mehr anzugeben, sondern nur annähernd."

Der Jahresbericht der kaufmännischen Gesellschaft gelangte im Juni 1885 zur Ausgabe, d. h. zur Vertheilung an die Mitglieder. Wie begreiflich beschäftigte sich nun auch die Tagespresse mit demselben und es wurde dabei namentlich auch die citirte Stelle aus dem Abschnitt: „Weinhandel" in verschiedenen Blättern, so in den Basler Nachrichten, im Eidgenossen, in der Limmat, im Gastwirth und in der Confidentia reproducirt. Auf Gesuch der Gebrüder Businger ordnete das Gerichtspräsidium Luzern im Juli 1885 eine Untersuchung ihrer Weine durch 4 Experten an. In ihrem bezüglichen Berichte erklären die letztern, es haben sich im Lagerhaus *31* verschiedene Weinsorten vorgefunden, von denen sie *nach eigener Auswahl 16* Sorten geprüft haben. Sämmtliche Weine seien unzweifelhaft reines Naturprodukt. Dieselben müßen als gut, einige als sehr gut bezeichnet werden und die *aus den gedruckten Preiscourants* ersichtlichen Preise entsprechen durchschnittlich den Qualitäten; einige Weine seien sogar billig. Gestützt auf diese Expertise verlangte die Firma Gebrüder Businger von der kaufmännischen Gesellschaft, daß sie das in ihrem Jahresbericht über den Niederlagskeller gefällte Urtheil widerrufe, dem Be-

gehren wurde aber nicht entsprochen und daraufhin gaben die Gebrüder Businger in den Basler Nachrichten dem Publikum Kenntniß von dem Resultat der erwähnten, durch sie veranlaßten Expertisirung ihrer Weine und erhoben gleichzeitig Klage gegen den Präsidenten und Actuar der kaufmännischen Gesellschaft. Nachdem dann aber im bezüglichen Verfahren der Name des Berichterstatters bekannt geworden war, ließen sie diese Klage fallen und richteten dieselbe gegen den letztern.

Eingeklagt wurde eine Forderung von *5000 Fr.*, als direkter und indirekter Schadenersatz und unter dem Titel einer Genugthuungssumme (Art. 55 des O.-R.). Was den Schaden betrifft, so behauptete man, daß in Folge der beklagtischen Kritik des Niederlagskellers bezw. der darin gehaltenen Weine der Absatz der Kläger in den Monaten Juli und August 1885 um 93,330 Kilo zurückgegangen sei. Die klägerische Firma hat neben dem eidgenössischen Niederlagskeller noch einen Privatlagerkeller, den sie als Propregeschäft betreibt. Nach der Oberexpertise verkaufte sie:

1. Aus dem Privatlagerkeller:

Im Mai 1885, also *vor* dem Erscheinen des Jahresberichtes der kaufmännischen Gesellschaft, 894 Kilo *weniger* als im gleichen Monat des Vorjahres 1884,

Im Juni 1885, in dessen zweiter Hälfte der Jahresbericht erschien, 15,792 Kilo *weniger* als im Jahre 1884.

Im Juli 1885 16,029, im August 22,425, im September 4250 und im November 17,319 Kilo *weniger* als in den entsprechenden Monaten des Vorjahres, *im Oktober 1885 aber 1398 und im Dezember 3204 Kilo* mehr *als in den nämlichen Monaten des Vorjahres.*

2. Aus dem Niederlagskeller:

Im Mai 1885, also vor dem Erscheinen des Jahresberichtes der kaufmännischen Gesellschaft, 13,629 Kilo *mehr* als im gleichen Monat des Jahres 1884.

Im Juni 1885, in dessen zweiter Hälfte der Bericht erschien, 13,312 Kilo *mehr* als im Juni 1884.

Im Juli 1885 14 und *im August* 3962 Kilo *weniger* als in den nämlichen Monaten des Vorjahres.

Im September 1885 5312 Kilo *mehr* als im September 1884.

Im Oktober 1885 3623 und im November 1885 16,492 Kilo *weniger* als in den entsprechenden Monaten des Vorjahres, und

im Dezember 1885 7948 Kilo *mehr* als im Dezember 1884.

Der Oberexperte sagt auf Grund sehr sorgfältiger und eingehender Untersuchungen, Vergleichungen und Erwägungen: „Ueberhaupt muß ich, — wie nach Vorstehendem es anders nicht möglich ist, verneinen, daß der Geschäftsausfall pro 1885 gegen 1884 durch das Erscheinen des Berichtes der kaufmännischen Gesellschaft Zürich verschuldet wurde." In diesem Zusammenhang mag ferner noch ein Brief erwähnt werden, den die klägerische Firma *am 23. Juni 1885* an Direktor Wendelstein in Arth geschrieben hat und der lautet:

„Statt einer Schädigung ist dieser Schmähartikel für unsere Transitkeller eher eine Reclame. Wir haben die Beobachtung gemacht, daß der Absatz eher besser wird, die Aufträge sich mehren und was die Hauptsache ist, sich wiederholen."

Dem Expertenbericht ist ferner noch folgende Stelle zu entnehmen: „Wenn nun auch konstatirt ist, und durch die Herrn Gebrüder Businger selbst zugegeben wird, daß in den Niederlagskellern in Luzern auch geringe und defecte, ja sogar gefälschte Weine vorkamen, so ist anderseits zu berücksichtigen, daß die Herrn Businger diese Waaren nicht selbst bestellten, sondern nur in „Consignation" erhielten."

Der Beklagte berief sich dafür, daß die Muster, die er sich aus dem Niederlagskeller verschafft hat, von so geringer Qualität gewesen seien, daß der Wein mit Recht als „Zeug", das man sich schämen müsse, auf den Markt zu bringen, habe bezeichnet werden dürfen, auf diejenigen Personen als Zeugen, welche die Muster gekostet haben.

Mit Urtheil vom 6. Juni 1888 hieß das Bezirksgericht Zürich die Klage im Betrage von 500 Fr. = $^1/_{10}$ der eingeklagten Summe gut und legte den Parteien die Kosten zu

gleichen Theilen auf. Die Begründung des Urtheils ist in der Hauptsache folgende:

1. Der in letzter Linie vorgebrachte Einwand des Beklagten, daß er jedenfalls ein Unrecht *gegenüber den Klägern* deßwegen nicht begangen habe, weil seine Kritik sich gar nicht direkt gegen die Gebrüder Businger gerichtet habe, erscheint als unstichhaltig. Denn die Kläger waren bereits zu der Zeit, als der eingeklagte Angriff des Beklagten erfolgte, Inhaber des angegriffenen Institutes und diese Thatsache muß genügen, um ein in der Kritik des Beklagten allfällig liegendes Unrecht auch als speziell gegen sie gerichtet anzusehen. Zwar meint der Beklagte, dieß deßwegen verneinen zu können, weil er von der Existenz und dem Verhältnisse der Gebrüder Businger zum eidgenössischen Niederlagskeller keine Kenntniß gehabt habe, allein dieser Umstand ist deßwegen völlig unerheblich, weil derjenige, welcher ein bestimmtes Institut angreift, schon damit nothwendigerweise auch die Leiter dieses Institutes angreift, gleichviel, ob ihm dieselben persönlich bekannt sind oder nicht. Auch darauf kommt nichts an, daß Kläger die vom Beklagten kritisirten Weine nicht als Selbstverkäufer, sondern als Commissionäre auf den Markt gebracht haben, da gerade das Charakteristische der Commission darin liegt, daß der Commissionär *nach aussen* als Selbstkontrahent auftritt und mithin auch die volle Verantwortlichkeit für die von ihm vertriebene Waare übernimmt.

2. Die Kritik des Beklagten muß als eine unzuläßige bezeichnet werden. Hätte er sich darauf beschränkt, die von ihm bezogenen Muster als „gering“ oder auch „sehr gering“ zu bezeichnen, so würde ein unerlaubtes Verhalten hierin, gleichviel, ob sein Urtheil begründet oder unbegründet gewesen, wohl kaum gefunden werden können, weil es Jedermann frei stehen muß, seiner subjektiven Anschauung über die größere oder geringere Güte von Waaren und Produkten eines Andern Ausdruck zu verleihen. Der Beklagte ist aber in seinem Urtheil erheblich weiter gegangen, indem er die von ihm bezogenen Muster geradezu als „Zeug“, d. h. nach richtiger Interpretation als „unter aller Kritik stehende Waare“ bezeichnet und noch ausdrücklich hinzugefügt hat, er würde sich schämen, solche Waare auf den Markt zu bringen. Diese Ausdrucksweise muß, wenn berücksichtigt wird, daß das Urtheil nicht etwa in einem Privatgespräch, sondern in einem offiziellen Bericht, auf den man in kaufmännischen Kreisen überall sieht, abgegeben wurde, als eine über die Grenzen einer sachgemäßen Kritik hinausgehende bezeichnet werden.

3. So darf man nur urtheilen, wenn das Urtheil den thatsächlichen Verhältnissen vollkommen entspricht. Zwar anerkennen die Kläger auch für diesen Fall das freie Urtheilsrecht nicht unbedingt und es scheint die französische Jurispudenz in der That den Satz aufgestellt zu haben, daß auch die Angabe der Wahrheit dann als etwas Unerlaubtes zu qualifiziren sei, wenn sie lediglich in der Absicht erfolge, einen unbequemen Konkurrenten zu schädigen und in seiner Geschäftsthätigkeit zu behindern. Allein diese Auffassung kann hierorts nicht als richtig anerkannt, sondern es muß vielmehr das Recht, die Wahrheit zu äußern und zu verbreiten, unter allen Umständen Jedermann gewährleistet werden.

4. Der Beklagte hat nun aber, wenn er die Einrede der Wahrheit erheben wollte, die Pflicht, dieselbe zu beweisen; den Klägern kann nicht zugemuthet werden, den negativen Beweis zu erbringen, daß er, der Beklagte, etwas Unwahres geäußert habe, denn zum Klagefundament gehört nur der Nachweis einer die geschäftliche und persönliche Stellung der Kläger an sich gefährdenden Handlung, währenddem sich der Standpunkt, daß diese Handlung trotz jenes Charakters eine berechtigte gewesen sei, als Einrede darstellt. Der Beweis ist nun aber nicht geleistet. Die Thatsache, daß von Italien aus überhaupt viel geringe und sogar verfälschte Weine, in den Handel zu kommen scheinen, ist unerheblich, da hieraus natürlich noch nicht folgt, daß auch die klägerischen Weine und speciell die Muster, die der Beklagte beurtheilt haben will, durchaus schlecht gewesen seien, andere Mommente fehlen aber gänzlich. Der dafür offerirte Beweis, daß die vom Be-

klagten untersuchten Muster schlecht gewesen seien, kann nicht abgenommen werden, weil die angerufenen Zeugen sämmtlich Angestellte des Beklagten sind, beziehungsweise waren, ihr Urtheil über die klägerischen Weine somit kein ganz unbefangenes ist und weil sie in keinem Fall etwas Anderes bezeugen könnten, als daß ihnen die Proben gering *erschienen* seien, woraus aber noch keineswegs folgt, daß ihre damalige Auffassung auch eine richtige gewesen ist, die Muster also wirklich die behauptete Qualität an sich getragen haben.

5. Für den Ausschluß einer widerrechtlichen Handlung würde nun freilich schon die Thatsache genügen, daß der Beklagte, wenn auch seine Kritik objectiv nicht ganz zutreffend war, doch alle Veranlaßung hatte, sich in geschehener Weise zu äußern, denn es kann keinen Unterschied machen, ob der Urtheilende ein objectiv richtiges Urtheil abgibt oder aber nur etwas äußert, was er mit Fug und Recht für begründet halten darf. Allein auch dafür, daß genügende Veranlaßung vorgelegen habe, die Kritik so zu fassen, wie es geschehen ist, liegt nichts vor.

6. Der Beklagte ist hienach prinzipiell verpflichtet. Gleichwohl kann aber die Klage, soweit sie reine *Schadenersatzklage* ist, nicht gutgeheißen werden, weil, wie das Expertengutachten beweist, ein Schaden als Folge der widerrechtlichen Handlung des Beklagten nicht entstanden ist.

7. Die Kläger beriefen sich nun aber auch auf den Art. 55 des O.-R. und in der That muß ihnen gestützt auf diese Gesetzesstelle eine Genugthuungssumme zuerkannt werden. Der Einwand, daß Art. 55 deßhalb nicht zutreffe, weil die Kritik ja nur das Geschäft und nicht die Person der Gebrüder Businger angegriffen habe, ist nicht stichhaltig. Das Gesetz hat nicht einen Gegensatz, wie der zwischen persönlichen und geschäftlichen Beziehungen im Auge, sondern unterscheidet zwischen ökonomischer und anderer Benachtheiligung einer Person. Der Richter soll, ganz abgesehen von der eigentlichen Schadenersatzfrage, Jedem, dem von einem Andern widerrechtlicher Weise eine erhebliche Unbill zugefügt worden ist, eine gewisse Geldsumme zusprechen dürfen und es kann sich demgemäß nur noch um die Frage handeln, ob die den Klägern zugefügte Unbill eine erhebliche genannt werden müsse, diese Frage aber ist zu bejahen. Der Beklagte hat den Klägern geradezu den Vorwurf gemacht, daß sie Waaren führten, welche er, d. h. also ein ehrenwerther Kaufmann nicht auf den Markt bringen würde und daß nun in einem solchen Vorwurf eine schwere Kränkung für den angegriffenen Theil liegt, braucht nicht weiter erörtert zu werden.

8. Bezüglich des Quantitativs der zu sprechenden Genugthuungssumme ist einzig das freie richterliche Ermessen maßgebend und nun glaubt das Gericht, daß eine Summe von 500 Fr. den Verhältnissen entsprechend sei.

Gegen dieses Urtheil appellirten beide Parteien, die Kläger reduzirten aber die Klagesumme in der Appellationsverhandlung auf 1000 Frkn. und das war, wie das Resultat zeigte, ein sehr glücklicher Griff, *denn die zweite Instanz sprach wirklich den Klägern die 1000 Fr. voll und ganz zu* mit der Begründung, daß das gerade die rechte Summe sei, die Kläger hatten also mit ihrer geschickt berechneten Klagereduktion eine *vollständige* Begründeterklärung ihrer Appellation und zudem, was nicht viel weniger werth sein dürfte, den Ausschluß eines Weiterzugs der Sache ans Bundesgericht erreicht.

Gründe:

1. Der erste von den Klägern eingenommene Standpunkt, daß sich der Beklagte auch dann einer widerrechtlichen Handlung schuldig gemacht habe, welche ihn zum Schadenersatz aus Art. 50 des O.-R. verpflichte, wenn er in dem Bericht des Vorstandes der kaufmännischen Gesellschaft Zürich für das Jahr 1884 nichts als die Wahrheit gesagt habe, weil diese Wahrheit sie schädige und der Beklagte als ihr Konkurrent nicht berechtigt sei, eine sie schädigende Wahrheit in einem derartigen Aktenstücke niederzulegen, ist unhaltbar. Der Beklagte ist zwar unzweifelhaft ein Konkurrent der Kläger; denn wenn er auch als Großhändler weder Privatleute noch Wirthe zu Kunden hat, sondern lediglich Weinhändler, während Kläger nur

selten an letztere verkaufen, so ist auf der andern Seite notorisch, daß er sich hauptsächlich mit dem Verkaufe von Weinen *nicht* italienischer Provenienz, insbesondere von Ungarweinen befaßt. Die Vermehrung des italienischen Imports ist daher seinem Geschäfte nachtheilig und die Kläger, welche diesen Import zu heben suchen, sind also naturgemäß seine Konkurrenten. Allein trotzdem war derselbe durchaus berechtigt, die Wahrheit über das klägerische Geschäft, auch wenn dieselbe für die Kläger nachtheilig war, in jenem Bericht zu sagen; denn der Beklagte war gleichzeitig auch, — was nicht widerlegt, ja nicht einmal ernstlich bestritten worden ist, schon seit einer Reihe von Jahren von der kaufmännischen Gesellschaft Zürich bestellter Berichterstatter über den Weinhandel. Man mag nun zwar finden, daß derartige Berichte besser von Leuten abgegeben würden, die in der betreffenden Branche nicht als Unternehmer auf eigene Rechnung thätig sind; allein bekanntermaßen ist es schwer, ja manchmal geradezu unmöglich, solche Personen zu finden und wenn sich daher auch Leute ersterer Art mit derartigen Berichterstattungen befassen, so ist dieser Umstand allein noch kein Grund, um sie, wenn sie dabei die einem Konkurrenten nachtheilige Wahrheit sagen, als durch Konkurrenzneid geleitet zu betrachten, sondern man muß wie bei jedem andern Berichterstatter präsumiren, daß ihr Motiv kein anderes sei, als im Interesse der Sache, die Wahrheit zu sagen, resp. vorhandene Uebelstände nicht zu verschweigen, selbst wenn dieß Einzelnen Nachtheile bringen sollte.

2. Dagegen verpflichtet diese eben bezeichnete, eigenthümliche Stellung, in der sich praktische Kaufleute als Berichterstatter für einen so wichtigen Bericht, wie derjenige der kaufmännischen Gesellschaft Zürich, ihren Konkurrenten gegenüber befinden, dieselben gewiß zu ganz besonderer Sorgfalt, sobald durch irgend eine Mittheilung das ökonomische Interesse der letztern gefährdet und gleichzeitig ihr eigenes gefördert wird. Nicht daß sie deßhalb die Wahrheit unterdrücken sollen; allein sie sollen genau prüfen, ob das, was sie berichten, auch wirklich die Wahrheit ist; denn es liegt auf der Hand, daß jeder Ueberschreitung derselben von den betreffenden Konkurrenten sofort, ohne nähere Prüfung, der Konkurrenzneid als Motiv untergeschoben wird, selbst wenn nur eine Fahrläßigkeit oder gar ein entschuldbarer Irrthum die wahre Ursache ist. Eine Außerachtlassung dieser besondern, einem solchen Berichterstatter obliegenden Sorgfalt ist demselben daher auch als Fahrläßigkeit anzurechnen und verpflichtet ihn, dem Konkurrenten den daraus entstandenen Schaden gemäß Art. 51 des O.-R. zu ersetzen, wobei der Richter freilich bezüglich der Größe des Schadenersatzes das ihm durch diese Gesetzesstelle gegebene freie Ermeßen voll und ganz üben darf. Zum Mindesten eine solche Fahrläßigkeit liegt hier unter allen Umständen vor, selbst dann, wenn der vom Beklagten beantragte Entlastungsbeweis vollständig gelingen sollte.

3. Durch die Worte des Berichts: „Wir haben uns vom Niederlagskeller in Luzern Muster verschafft, dieselben waren so geringer Qualität, daß wir uns schämen würden, ähnliches Zeug auf den Markt zu bringen", wird nämlich, wie dieß der Beklagte bei gehöriger Ueberlegung voraussehen mußte, im Leser die Meinung erweckt, der Berichterstatter habe sich zum Zwecke einer unparteiischen Prüfung und Beurtheilung der Institution des Lagerkellers in Luzern aus demselben eine, für diesen Zweck geeignete Anzahl von Mustern verschafft, dieselben sorgfältig geprüft, aber sämmtliche von so geringer Qualität befunden, daß ein anständiger Kaufmann sich schämen würde, dieselben auf den Markt zu bringen. Dieß ist aber jedenfalls unwahr und es beruht das Vorbringen dieser Unwahrheit wiederum nicht auf einem bloßen, entschuldbaren Irrthum, sondern einzig und allein auf der Fahrläßigkeit des Beklagten. Derselbe mußte nämlich in der persönlichen Befragung selbst anerkennen, daß er sich nicht mehr als 4—6 Muster verschafft hat und daß er nicht sämmtliche, sondern, wie er sich ausdrückt nur einige, besonders eines ganz schlecht befunden habe. Er behauptet auch nicht, daß sein Reisender, welcher die Muster in

Luzern auf einen andern Namen hin zu beziehen hatte, diejenigen Instruktionen für die Auswahl gehabt habe, welche nötig sind, wenn es sich darum handelt, die richtige Auswahl von Mustern zu treffen, nach welchen ein Weingeschäft in einem für die Oeffentlichkeit bestimmten Berichte beurteilt werden soll, ja es scheint im Gegentheil eher, daß der letztere, was nur die Folge unrichtiger oder ungenügender Instruktion von Seite des Beklagten sein konnte, lediglich die geringsten Weinsorten ausgewählt hat; denn dadurch läßt sich einzig erklären daß während die Kläger neben einzelnen geringen, ja möglicherweise sehr geringen oder verdorbenen Weinen eine weit größere Zahl mittelmäßiger bis guter, ja sehr guter Weine im fraglichen Lagerhaus hatten, unter den vom Beklagten bezogenen Mustern das Verhältniß ein umgekehrtes war und daß der Reisende sich auch nicht eine größere Zahl von Mustern beschaffte, sondern sich mit der geringen Zahl von 4—6 begnügte.

4. Ein mit der widerrechtlichen Handlung des Beklagten im Kausalzusammenhange stehender Schaden liegt ebenfalls vor. Der Beklagte bestreitet dies freilich, allein mit Unrecht. Unstichhaltig ist vor Allem aus sein Einwand, daß nicht die Kläger, sondern höchstens ihre Committenten geschädigt worden seien; denn wenn auch ein nachtheiliger Einfluß auf den Vertrieb der im Niederlagskeller eingelagerten Weine zunächst die Verkäufer, die Committenten der Kläger, treffen mußte, so haben doch unzweifelhaft auch die Commissionäre dadurch gelitten, indem sich nicht nur ihre Verkaufsprovisionen gemindert haben, sondern auch ihr Proprehandel, den sie neben dem Commissionsgeschäft betreiben. Unstichhaltig ist aber auch der weitere Einwand, daß ein Schaden überhaupt nicht entstanden sei. Die Oberexpertise hat allerdings ergeben, daß der Ausfall im Geschäft des eidgen. Niederlagskellers und im Propregeschäft der Kläger nach dem Erscheinen des fraglichen Berichtes ganz andern Ursachen zuzuschreiben ist und hat auch sonst aus der Untersuchung des klägerischen Geschäftes keine direkten Anhaltspunkte für einen solchen Schaden herausgefunden. Daraus kann aber keineswegs der Schluß gezogen werden und auch der Oberexperte thut dieß nicht, daß ein solcher Schaden überhaupt nicht entstanden sei. Im Gegentheil steht, ohne daß es hiefür einer Expertise bedürfte, außer allem Zweifel, daß jener Bericht, vermöge seiner Autorität und der großen Verbreitung, welche ihm durch die Presse gegeben wurde, im höchsten Grade geeignet war, das im Entstehen begriffene Geschäft der Kläger in seiner Weiterentwicklung zu hemmen und daß dieser Erfolg gewiß auch eingetreten ist, wenn auch eine genauere Ermittlung dieser Wirkung, namentlich des Umfangs derselben nicht möglich ist. Es muß daher der Schaden, so schwierig dieß sein mag, durch das richterliche Ermeßen festgesetzt werden, wobei zu berücksichtigen ist, daß, weil bis heute keine Richtigstellung erfolgt ist, der nachtheilige Einfluß auch bis heute hat fortwirken müssen.

5. Ebenso rechtfertigt sich, den Klägern eine gewisse Genugthuungssumme aus Art. 55 zu sprechen. Die Einrede, daß sie eine juristische Person seien, kann hier deßhalb nicht in Betracht fallen, weil nicht eine Kollektivgesellschaft, sondern eine physische Person, Inhaber der Firma „Gebrüder Businger“ ist. Materiall kommt in Betracht, daß, wenn auch der Beklagte nur die Kläger in ihrer Eigenschaft als Commissionäre im Auge haben konnte, doch auch die persönlichen Verhältnisse eines Commissionärs verletzt werden, wenn man ihm vorwirft, daß er sich in erheblichem Grade mit dem Vertrieb so schlechter Commissionswaare beschäftige, welche ein ordentlicher Kaufmann überhaupt nicht in den Handel bringen würde.

6. Alles in Allem scheint eine Gesammtentschädigung von 1000 Fr., auf welche Summe die Forderung in der Appellationsverhandlung beschränkt worden ist, auf Grund der beiden Art. 50 und 55 angemessen.



Verantwortlichkeit

des Gläubigers gegenüber den Bürgen für richtige Geltendmachung der für die verbürgte Schuld bestehenden anderweitigen Sicherheiten im Konkurse des Schuldners (§ 1802 des Z. P. G. B. und Art. 508 des O.-R.) Als solche Sicherheit stellt sich auch eine vom Schuldner gegebene Forderungsabtretung „zahlungshalber" dar.

Der Gläubiger darf ein ihm „zahlungshalber" abgetretenes Guthaben im Konkurse des Schuldners nicht als Faustpfand anmelden und versteigern lassen, sondern muß dasselbe im Sinne des Abtretungsvertrages einziehen und an seiner Forderung in Abrechnung bringen, ansonst er den Bürgen für den Schaden verantwortlich wird.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 1. September 1888.

Der Kaufmann Karl Deggeler von Schaffhausen ließ sich in den 1870er Jahren, zu welcher Zeit er als Direktor der Ungarisch-Schweizerischen Soda- und Chemikaliengesellschaft in Bocsko-Ungarn niedergelassen war, von der Bank in Winterthur, mit deren Direktor er befreundet war, einen Credit eröffnen, den er in der Folge in ziemlich ausgiebigem Umfange benutzte. Am 21. Oktober 1879 betrug seine bezügliche Schuld gegenüber der Bank 19,837 Fr. und dafür besass diese als Sicherheit:

1. 8 Obligationen auf die Lokomotiv- und Maschinenfabrik Winterthur à 500 Fr. und ein Spaarheft im Betrage von 1100 Franken als Faustpfänder.
2. Eine Cession des Deggeler *d. d. 8. Juni 1877*, folgendermaßen lautend:

   „Ich cedire hiemit auf die Bank Winterthur von meinen an die Ungarisch-Schweizerische Soda- und Chemikaliengesellschaft zu guthabenden, mehr als 10,000 fl. östreichische Währung betragenden rückständigen Gehalt- und sonstigen Forderungen die Summe von 5000 fl. ö. W., nachdem die Winterthurer Bank mir einen Credit von 5000 fl. eröffnet hat und ermächtige die Bank, daß sie den oben cedirten Betrag von meiner beschriebenen Forderung primo loco beheben und rechtskräftig quittiren kann" und
3. Eine von 4 Personen unterm *1. April 1878* bis auf 10,000 Fr. nebst Zins, Commission und Kosten eingegangene Bürg- und Selbstzahlerschaft.

Die Schuldnerin des cedirten Guthabens, die Schweizerisch-Ungarische Soda- und Chemikaliengesellschaft hatte ihren Geschäftsbetrieb schon im Zeitpunkte der Cession eingestellt und gerieth bald nachher in Konkurs.

Karl Deggeler, der noch ein Geschäft in Schaffhausen hatte, vermochte seinen Verpflichtungen auf die Dauer ebenfalls nicht gerecht zu werden und die Folge davon war, daß der Konkurs am 27. Oktober 1879 und zwar in Schaffhausen auch über ihn ausbrach. Die Bank Winterthur übertrug die Wahrung ihrer Rechte in diesem Konkurs den Herrn Bussenberger und Sohn in Schaffhausen und diese meldeten die Forderung von 19,837 Fr. nebst 5 % Zins und 4½ % Commission per 3 Monate seit dem 21. Oktober 1879 an, indem sie bemerkten:

Gläubigerin besitzt *zu Faustpfand*:

1. 8 Obligationen auf die Lokomotiv- und Maschinenfabrik Winterthur à 500 Fr. und ein Spaarheft von 1100 Fr. und
2. Ein von dem Konkursiten cedirtes Guthaben auf die *Konkursmasse* der ungarisch-schweizerischen Soda- und Chemikaliengesellschaft in Bocsko-Ungarn im Betrage von 5000 fl. ö. W.

Sodann hat sie Bürg- und Selbstzahlerschaft von .... (folgen die Namen der Bürgen) für 10,000 Fr. nebst Zins und Kosten.

Sie verlangt für die ganze Forderung Lokation in der II. Classe mit Anspruch auf vorzügliche Befriedigung aus den Faustpfändern und aus dem cedirten Guthaben und soweit nicht volle Befriedigung daraus erhältlich wird, Verweisung anf die Bürgen und Selbstzahler, auf jeden für höchstens 2500 Fr. nebst Zins und Commission.

Die Forderungsanmeldung wurde genau, wie gemacht, in den Collocationsentwurf (Classe II.) aufgenommen. Nach dem Konkursrecht von Schaffhausen kommen in der

II. Classe zur Befriedigung, die Gläubiger mit Pfandrechten aus dem Erlös ihrer Pfandobjekte. Auch die Bürgen wahrten ihre Rechte durch Geltendmachung eventueller Forderungsansprüche. Am 31. Oktober 1879 fand die Creditorenversammlung statt, bei welcher auch die Bürgen durch einen Bevollmächtigten (den Mitbürgen Eugen Ziegler) vertreten waren. Die Versammlung trat in eine Prüfung der einzelnen Forderungen ein und hiebei machte der Vertreter der Handelsbank Schaffhausen, welche wie die Bank Winterthur, aus Creditgewährung bedeutende Creditorin des Deggeler war und ebenfalls eine Cession desselben auf dessen Guthaben bei der Soda- und Chemikaliengesellschaft in Bocsko-Ungarn hatte, ein Vorrecht auf dieses Guthaben geltend, so lange die Bank Winterthur nicht eine ältere Cession nachweise. Davon erhielt die letztere durch Schreiben ihrer Vertreter vom 3. November 1879 Kenntniß mit der Einladung, sich über den Zeitpunkt ihrer Cession und den Betrag derselben durch Vorlage der Cessionsurkunde oder einer beglaubigten Abschrift derselben auszuweisen, ansonst die Bürgen eine Zahlung aus der Bürgschaft verweigern werden. Beigefügt war, es habe die Creditorenversammlung gleichzeitig beschlossen, daß die 8 Obligationen und das Spaarheft versteigert und deßhalb diese Titel der Masse eingeliefert werden sollen. Ob die Bank Winterthur daraufhin die Cessionsurkunde oder eine Abschrift derselben eingesandt hat, ist den Akten nicht zu entnehmen, dagegen ergibt sich aus denselben, daß ihre Ansprache an dem cedirten Guthaben nicht weiter bestritten worden ist.

Am 20. November 1879 fand die Versteigerung der Wertschriften des Gemeinschuldners Deggeler statt. Der zwangsweise Verkauf beschränkte sich aber nicht auf die eigentlichen Faustpfänder, sondern es wurden auch die der Bank Winterthur und der Bank Schaffhausen cedirten Guthaben von 5000 fl. und 3500 fl. auf die Soda- und Chemikaliengesellschaft versteigert. Das der erstern versetzte Spaarheft wurde von einem Dritten für 1365 Fr. erworben, dagegen kaufte die Bank Winterthur durch ihre Vertreter selbst:

1. Die 8 Obligationen auf die Maschinen- und Lokomotivfabrik Winterthur für 2800 Fr. und
2. das ihr cedirte Gehaltsguthaben von 5000 fl. ö. W. auf die mehrgenannte Gesellschaft beziehungsweise deren Konkursmasse für 600 Fr.

Aus der laufenden Konkursmasse war nichts erhältlich.

Ende 1879 stellte die Bank Winterthur den Bürgen Rechnung, und diese zahlten darauf an Kapital, Zinsen, Commission und Porto die Summe von 12,279 Fr.

Die Liquidation im Konkurse der Schweizerisch-Ungarischen Soda- und Chemikaliengesellschaft in Bocsko-Ungarn zog sich außerordentlich in die Länge. Die Ansprüche, welche Deggeler an diese Gesellschaft hatte, scheinen von ihm selbst und zwar auch soweit er sie abgetreten hatte, angemeldet worden zu sein, dagegen findet sich eine vom 11. März 1881 dadirte Urkunde des Wechsel- und Handelsgerichtes Budapest bei den Akten, in welcher von einer Anzeige der Bank Winterthur, daß ihr von dem durch Deggeler angemeldeten Guthaben 5000 fl. abgetreten seien, Vormerk genommen wird. Auch die Schaffhauser Handelsbank machte ihre Cession geltend. Die Liquidation im Konkurse der Soda- und Chemikaliengesellschaft nahm schließlich einen unerwartet günstigen Verlauf. Sowohl die Handelsbank Schaffhausen als die Bank Winterthur wurden befriedigt. Die letztere erhielt am 29. September 1884 die Summe von 10,661 Fr. Diesen Betrag schrieb sie nun aber dem Deggeler nicht gut, sondern vereinnahmte solchen in einer Separatrechnung, die sie mit der Chemikaliengesellschaft in Bocsko hatte. Diese Thatsache entdeckte Deggeler als er von den Bürgen in Anspruch genommen wurde und nun reclamirte er auch sofort bei der Bank Winterthur, indem er ausführte:

„Ich betrachtete die Cession Ihnen gegenüber jederzeit als rechtsgültig und zwar natürlich immer in der Meinung, daß der Erlös der Cession mir unter allen Umständen gutgeschrieben werde. Die Cessionsurkunde hatte ja nur den Zweck, Sie für Ihre mir

gütigst geleisteten Vorschüsse zu decken, gleichzeitig aber auch, meine Bürgen vor einem namhaften Verluste zu bewahren. Dieser Zweck liegt im Sinne unserer Vereinbarung." Die Reklamationen blieben erfolglos. Der Standpunkt, den die Bank einnahm, war der, die Guthabenabtretung habe ihres reinen Deckungscharakters wegen gleich einer Faustpfandbestellung behandelt und das Guthaben deßhalb im Konkurse Deggelers als ihr verpfändetes Konkursactivum versteigert werden müssen; dieß sei geschehen und es haben demnach sowohl Deggeler als seine Bürgen lediglich einen Anspruch auf die Gutschrift des Steigerungserlöses von 600 Fr., welche stattgefunden habe; was das ersteigerte Pfand ihr, der Käuferin, eingetragen habe, sei die Frucht des Kaufes, eines gewohnten Spekulationsgeschäftes und gehe somit dritte Personen nichts an; wäre an das ersteigerte Guthaben nichts erhältlich gewesen, wie anläßlich der Konkursgant allgemein angenommen worden sei, so hätte sie den Verlust auch an sich tragen müssen.

Deggeler beharrte auf seinem Standpunkt und machte ihn gegenüber den Bürgen geltend, indem er die Schadloshaltung derselben ablehnte, weil sie von der Bank die 10,661 Fr. zurückverlangen können und dann nicht mehr bezw. in viel geringerm Umfange geschädigt seien.

Nunmehr traten die Bürgen wirklich klagend gegen die Bank Winterthur auf, indem sie verlangten, daß dieselbe die empfangenen 10,661 Fr. dem Conto Deggeler gutschreibe und ihnen den Betrag, den sie bei dieser Gutschrift über ihr wirkliches Guthaben hinaus empfangen habe und welcher die Summe von 6568 Fr. 85 ausmacht, zurückerstatte.

Das Bezirksgericht Winterthur wies die Klage der Bürgen ab, *die Appellationskammer des Obergerichtes dagegen hiess dieselbe gut.*

Gründe:

1. Die Klage ist eine Schadenersatzklage der Bürgen gegenüber dem Gläubiger, abgeleitet aus einer angeblich dem letztern zur Last fallenden Verletzung vertraglicher Verpflichtungen, die ihm gegenüber den erstern obgelegen haben sollen.

2. Als Verpflichtung, deren Verletzung der Beklagten vorgeworfen wird, bezeichnet die Klage im Allgemeinen die Pflicht des Gläubigers, dem zahlenden Bürgen alle Rechte, die er gegenüber dem Hauptschuldner auf eine weitere Versicherung der Schuld gehabt hat, namentlich aber diejenigen, die er schon vor oder bei Eingehung der Bürgschaft hatte, abzutreten. Im Speciellen wird geltend gemacht, daß sich als eine solche weitere Sicherheit für das verbürgte Guthaben der Beklagten an Deggeler die Guthabenabtretung des letztern an die Bank im Betrage von 5000 fl. ö. W. auf die Soda- und Chemikaliengesellschaft in Bocsko darstelle und darauf verwiesen, daß diese Sicherheit schon vor der Bürgschaftseingehung bestanden habe. Diese Sicherheit — wird der Beklagten vorgeworfen — habe sie preisgegeben dadurch, daß sie das ihr abgetretene Guthaben, anstatt es dem Sinne des Abtretungsvertrages entsprechend einzukassiren und mit ihrer Forderung zu verrechnen, im Konkurse Deggelers zu einem Schleuderpreise habe versteigern lassen.

3. Die so begründete Klage muß nach kantonalem Recht beurtheilt werden, weil die maßgebenden juristischen Thatsachen, der Bürgschaftsvertrag und die angeblich vertragswidrige Handlung der Beklagten noch unter seiner Herrschaft eingetreten sind und somit die Anwendbarkeit des schweizerischen Obligationenrechtes zeitlich ausgeschlossen ist. Bezüglich der örtlichen Rechtsanwendung sind die Parteien darüber einig, daß das Recht des Kantons Zürich und nicht dasjenige des Kantons Schaffhausen in Anwendung komme.

4. Nach den §§ 1801 und 1802 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches besteht in der That die von der Klage geltend gemachte Verpflichtung des Gläubigers gegenüber dem zahlenden Bürgen auf Abtretung aller, eine weitere Versicherung der Schuld gewährender Rechte und darf der Gläubiger namentlich eine weitere Sicherheit, die schon vor oder bei Eingehung der Bürgschaft bestanden hat, nicht preisgeben, ansonst er dem Bürgen für den daherigen Schaden verantwortlich wird.

5. Die Frage, ob die Bank Winterthur dieser Verpflichtung zuwidergehandelt habe, ist zu bejahen. Die Guthabenabtretung Deggelers an die Beklagte muß unzweifelhaft als Deckungsgeschäft qualificirt werden und bildete dieselbe, da sie vor der Bürgschaftseingehung erfolgte, eine Sicherheit im Sinne des § 1802 des P.-R. G.-B. Allein daraus den Schluß zu ziehen, daß sie deßwegen den Charakter einer Faustpfandbestellung an sich getragen, das Guthaben also im Vermögen Deggelers zurückgeblieben und der Bank nur verpfändet worden sei, ist dessenungeachtet gleichwohl völlig verkehrt. Die Urkunde vom 8. Juni 1877 sagt kein Wort von Faustpfandbestellung, sondern lautet dahin: „Deggeler *cedire* von seinen Ansprüchen an die Chemikaliengesellschaft 5000 fl. auf die Bank Winterthur, nachdem ihm diese einen Kredit im gleichen Betrage eröffnet habe und ermächtige solche, den *cedirten* Betrag zu beheben und zu quittiren.“ Die Meinung war die der wirklichen Uebertragung des Guthabens auf die Beklagte, jedoch nicht an *Zahlungsstatt*, sondern bloß „*Zahlungshalber*“, der Uebertragung als Zahlungsmittel in dem Sinne, daß die Bank sich dieses Mittels zum Zwecke ihrer Befriedigung bedienen und soweit ihr das gelingen sollte, den Deggeler entlaste. Auch die Abtretung „zahlungshalber“, wie sie in Art. 193 des O.-R. vorgesehen und trotz Mangels einer besondern Bestimmung auch dem zürcherischen Rechte nicht fremd ist, ist und bleibt zunächst eine Abtretung, hat also den wirklichen Uebergang der Forderung aus dem Vermögen des Cedenten in dasjenige des Cessionars zur Folge, gerade so gut wie die Abtretung an Zahlungsstatt und sie unterscheidet sich von dieser nur darin, daß bei ihr die abgetretene Forderung nicht einfach an Stelle der Schuld tritt, sondern diese Funktion erst dem realisirbaren Betrag derselben zukommt, der Cedent also unbedingt für die Güte der Forderung einzustehen hat, was bei der Abtretung an Zahlungsstatt nur im Falle *spezieller* Garantie zutrifft. Die § 1038 und 1040 des zürcher. P.-R. G.-B. zeigen, daß die Abtretung zahlungshalber auch nach kantonalem Recht in ihrer Eigenthümlichkeit berücksichtigt und geschützt werden muß, denn auf Grund derselben ist eine Cession des Schuldners an den Gläubiger zum Zwecke der Zahlung, d. h. in dem Sinne möglich, daß sich der letztere nur diejenige Summe anrechnen lassen muß, welche er vom debitor cessus erhält oder bei gehöriger Sorgfalt hätte erhalten können. Entsprechend diesen Ausführungen hat sich die Beklagte denn auch der Konkursverwaltung der Chemikaliengesellschaft gegenüber durchaus als eigentliche Cessionarin benommen und zwar gestützt auf die Cessionsurkunde vom 8. Juni 1877 und nicht etwa gestützt auf den Gantkauf vom November 1879 und ist als solche anerkannt worden, ein neuer Beweis dafür, daß die Auffassung der Cession gegenüber derjenigen der Pfandbestellung die einzig richtige ist.

6. Aus dem Gesagten erhellt, daß es unrichtig war, wenn das der Beklagten, obgleich nur zahlungshalber abgetretene Guthaben im Konkurse Deggelers als noch ihm zustehendes Activum behandelt und als solches versteigert worden ist. Die Beklagte hatte, sobald sie sich nach erfolgtem Konkursausbruch über Deggeler nicht einfach gegen Abtretung aller Rechte an die Bürgen halten und diesen die Realisirung der bestehenden Sicherheiten überlassen wollte, die Realisirung so vorzunehmen, wie ihr die Sicherheiten gegeben worden waren. Nun war ihr das Guthaben von 5000 fl. ö. W. „zahlungshalber“ d. h. mit der Verpflichtung abgetreten, dasselbe bei der Schuldnerin einzuziehen und den empfangenen Betrag an ihrer Forderung abzurechnen, nur so und nicht Anders durfte sie daher auch die in der Abtretung liegende Sicherheit realisiren. Die Bürgen durften nicht schlechter gestellt werden, als wenn sie sofort nach erfolgtem Konkursausbruch über Deggeler gegen Abtretung aller Rechte mit den bestehenden Sicherheiten zur Zahlung angehalten und ihnen also die Realisirung der letztern selbst überlassen worden wäre. In diesem Falle hätten *sie* das abgetretene Guthaben im Konkurse der Chemikaliengesellschaft geltend gemacht und die vollen 10,661 Fr. wären ihnen zugekommen, es ist aber ganz klar, daß das Resultat für sie kein anderes sein darf, weil die Beklagte es selbst über-

nommen hat, die bestehenden Sicherheiten zu realisiren und daß die letztere somit, wenn es durch ihr Verschulden dennoch ein anderes geworden ist, für den Schaden einzustehen hat. Diese Voraussetzung trifft zu. Die Bank hat nichts dagegen eingewendet, daß das ihr abgetretene Guthaben trotz der Abtretung als Konkursactivum des Cedenten behandelt und versteigert werde, ja sie hat diese ganze Behandlung der Sache dadurch provozirt und verschuldet, daß sie, statt Inhaberschaft an der Forderung nur ein Faustpfandrecht an derselben geltend machte und die Realisirung dieses Rechtes auf dem Wege der Versteigerung begehrte. Durch dieses Vorgehen hat sie die in der Guthabenabtretung liegende Sicherheit zum größten Theil Preis gegeben und ist dafür den Bürgen nach dem § 1802 des P.-R. G.-B. verantwortlich. Die Beklagte hätte, wenn sie die bestehenden Sicherheiten selbst realisiren wollte, im Konkurse Deggeler verlangen sollen, daß die auf den, dem abgetretenen Guthaben entsprechenden Theil ihrer Forderung entfallende Konkursdividende bis nach erfolgter Feststellung, was an das Guthaben erhältlich sei, zurückbehalten werde, in der Meinung, daß sich die Dividende im Verhältniß der Deckung durch den Eingang des Guthabens reducire bezw. ganz wegfalle, oder falls an das Guthaben gar nichts erhältlich sei, ihr ausbezahlt werde, ein Verfahren, wie es z. B. auch dann beobachtet werden muß, wenn eine bedingte Forderung angemeldet wird bis entschieden ist, ob die Bedingung eintritt oder nicht und wie es auch vom Kassationsgericht im Falle Sidler ca. Schaller (Entscheidung vom 28. Mai d. J., abgedruckt in No. 15 dieser Blätter vom laufenden Jahrgang, Seite 233 u. f.), wo ebenfalls eine Abtretung zahlungshalber vom Gläubiger eines Konkursiten geltend gemacht wurde, als richtig erklärt worden ist. Der Einwand, daß dadurch die Beendigung eines Konkursverfahrens ungebührlich verschleppt werde, ist, selbst wenn thätlichlich begründet, rechtlich unerheblich und trifft im vorliegenden Fall auch deßwegen nicht zu, weil überhaupt gar keine Konkursdividende erhältlich war. Die Beklagte hat das Guthaben auf der Gant selbst gekauft und sich dadurch die Möglichkeit des Empfangs seines vollen Werthes gesichert. Mit Rücksicht auf diesen Selbstkauf konnte sie so vorgehen, wie sie vorgegangen ist, allein sie hat eben den Bürgen dann auch den gesammten eingegangenen Betrag gutzuschreiben bezw. sie durfte das Guthaben verganten lassen und selbst kaufen, wenn sie es *für die Bürgen* kaufte.

7. Trotz dem Angeführten wäre die Klage abzuweisen, wenn Kläger das Verfahren der Beklagten im Konkurse Deggelers *trotz Kenntniss des wahren Sachverhaltes* gebilligt d. h. sich ausdrücklich oder durch concludente Handlungen damit einverstanden erklärt hätten, daß das Guthaben trotz Abtretung an die Bank als Faustpfand angemeldet und für die letztere selbst, nicht für sie, die Bürgen, ersteigert werde, eine solche Willenskundgebung ist nun aber in keiner Weise festgestellt. Es genügt nicht, daß die Bürgen die Geltendmachung des Faustpfandrechtes an dem Guthaben und die Versteigerung des letztern als Faustpfand kannten, ohne Einsprache zu erheben, denn wenn sie nicht wußten, daß der Titel der Beklagten in Wirklichkeit gar keine Pfandbestellung, sondern eine Abtretung zahlungshalber sei, also davon ausgingen, daß das Recht das geltend gemachte sein werde, so mußten sie auch das eingeschlagene Verfahren als ein durchaus korrektes betrachten und hatten überall keine Veranlaßung zur Einsprache. Erheblich wäre also nur der Beweis dafür gewesen, daß den Klägern *der Charakter* des beklagtischen Titels *als einer wirklichen Abtretung* vollständig bekannt gewesen sei bezw. es hätte höchstens aus *dieser Thatsache*, zusammengehalten mit der Kenntniß des beklagtischen Vorgehens im Konkurs auf eine Billigung dieses Vorgehens geschlossen werden können. Nun ist aber in keiner Weise festgestellt, daß die Kläger damals über die Natur des beklagtischen Titels gehörig aufgeklärt gewesen seien. Den Konkursakten war keineswegs *klar* zu entnehmen, daß die Bank Winterthur das Guthaben mit Unrecht *als blosses Faustpfand* anspreche. Dieß hätte nur aus der Cessionsurkunde selbst mit genügender Sicherheit erkannt werden können, diese aber ist von der Bank gar nicht zu den Konkurs-

akten gegeben worden und übrigens steht auch gar nicht fest, daß die Bürgen die Konkursakten überhaupt eingesehen haben; eine bezügliche Pflicht bestand für sie nicht, sondern sie konnten sich völlig passiv verhalten und einfach darauf vertrauen, daß die Beklagte, die es einmal übernommen hatte, die bestehenden Sicherheiten selbst zu liquidiren, dieß auch richtig thun werde. Völlig gleichgültig ist auch die Thatsache, daß Kläger nach beendigtem Konkurs ohne Widerrede bezahlt haben, weil sie, ausgehend von der Annahme, daß das Recht der Bank Winterthur ein Faustpfandrecht gewesen sei, das Liquidationsverfahren als ein durchaus richtiges ansehen und dementsprechend auch die Gutschrift von blos 600 Fr. als Betrag des Steigerungserlöses als correct betrachten mußten.

8. Der Schaden, den die Beklagte den Klägern durch ihr vertragswidriges Vorgehen im Konkurs Deggeler bezw. dadurch zugefügt hat, daß sie das ihr zum Zwecke der Zahlung abgetretene Guthaben statt es einzukassiren, als Faustpfand versteigern ließ, ist gleich dem Betrag, den die Beklagte bei Einstellung der an das Guthaben erhältlich gewesenen 10,661 Fr. statt des Steigerungserlöses von bloß 600 Fr. in den Conto Deggelers mit den empfangenen Leistungen aus der Bürgschaft über ihr wirkliches Guthaben hinaus erhalten hat und dieser macht die Summe von 6568 Fr. 85 Rp. aus, in welchem Betrage daher die Klage gutgeheißen werden muß.

Aftermiethe

über eine unbewegliche Sache.

Die Verabredung, daß solche nur mit schriftlicher Zustimmung des Vermiethers gestattet sei, bedarf zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form und ist deßhalb auch deren gültige Wiederaufhebung nur durch Schrift möglich (Art. 275 Abs. 2, 285 und 11 des O.-R.). Consequenzen.

Kassationsgericht Zürich,
27. August 1888.

Mit Beschluß vom 13. August 1888 hat die Rekurskammer des Obergerichtes dem Jakob Keller in Oberstraß Entfernung der Aftermiether aus der von H. Egolf daselbst an ihn vermietheten Wohnung befohlen, weil in der Miethvertragsurkunde bestimmt sei, daß Aftermiethe nur mit schriftlicher Zustimmung des Vermiethers gestattet sei, während Keller eine solche nicht besitze und seine Behauptung, daß ihm die Aftervermiethung mündlich gestattet worden, bestritten sei, auf den bloßen Umstand aber, daß Egolf dieselbe seit längerer Zeit gekannt habe, ohne bis jetzt etwas dagegen einzuwenden, nichts ankomme, weil aus dem zeitweisen Nichtgebrauch eines Rechtes noch keineswegs ein Verzicht auf dasselbe abgeleitet werden könne.

Diesen Entscheid focht Keller mit der Nichtigkeitsbeschwerde an, wurde aber abgewiesen.

Gründe:

1. Nach Art. 275 Absatz 2 des Obligationenrechts bedürfen Verabredungen über die Miethe einer unbeweglichen Sache, soweit sie von dem Gesetze abweichen und nicht ausdrücklich darin vorbehalten sind, der schriftlichen Vertragsform. Eine solche Verabredung ist diejenige, daß Aftermiethe *nur mit schriftlicher Zustimmung des Vermiethers* gestattet sei, denn wie der Art. 285 zeigt, liegt darin eine vom Gesetze, welches die Aftermiethe *ohne Zustimmung* des Vermiethers zuläßt, abweichende Vereinbarung, die nirgenß ausdrücklich vorbehalten ist.

2. Davon ausgehend nun aber, daß die Verabredung, es sei Aftermiethe nur mit schriftlicher Zustimmung des Vermiethers gestattet, nach spezieller Gesetzesvorschrift zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form bedurfte, ist nach Art. 11 des O.-R. die Beobachtung der nämlichen Form auch für deren gültige Wiederaufhebung nothwendig. Selbst wenn also Beschwerdegegner *mündlich* bei Eingehung des Vertrages oder später dem Beschwerdesteller zugesagt hätte, daß er ihm Aftervermiethung gestatte, so wäre diese *mündliche* Zusage für ihn unverbindlich gewesen, weil sie eine Aufhebung der Vereinbarung, daß Aftermiethe nur mit *schriftlicher* Zustimmung zulässig sei, enthalten hätte. Gesetzt ferner, Beschwerdegegner hätte 4 Jahre lang die Aftervermiethung stillschwei-

gend gestattet, so würde hieraus nicht folgen, daß er auf das Recht, die Aftervermiethung zu verbieten, verzichtet habe, sondern nur, daß es gegen die gute Treue wäre, wenn Beschwerdegegner dem Beschwerdesteller zumuthen würde, einen ordentlichen Aftermiether ohne Kündigung auf Termin sofort auszuweisen. Aber Beschwerdesteller hat eventuell nicht begehrt, daß ein Kündigungstermin bestimmt werde. Da hienach der angefochtene Entscheid richtig ist, so muß die Beschwerde abgewiesen werden.

Zum Art. 287 des O.-R.

Dem Gesuche eines Vermiethers, es möchte seinem Miether die sofortige Räumung der gemietheten Wohnung anbefohlen werden, weil er mit einer fälligen Zinszahlung im Rückstande geblieben sei, wurde im summarischen Verfahren ohne Weiters entsprochen gestützt auf die Anerkennung des Angesprochenen, daß er die bezügliche Rate wirklich nicht bezahlt habe und mit dem Hinweis darauf, daß wenn er Tilgung derselben durch eine Gegenforderung behaupte, er, da letztere illiquid sei und nur im ordentlichen Verfahren liquid gestellt werden könne, den Zins hätte deponiren sollen. Der Miether verlangte nun aber Kassation des Entscheides, weil derselbe mit der klaren Vorschrift des Art. 287, daß ein Verzug in der Zinszahlung *erst nach erfolgloser Fristansetzung zur Erfüllung* den Anspruch auf einseitige Vertragsauflösung begründe, in offenbarem Widerspruch stehe. *Die Kassation wurde ausgesprochen.*

Gründe:

Der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund trifft zu. Warum der Vorderrichter den Art. 287 des O.-R. nicht angewandt hat, geht aus der Begründung des angefochtenen Beschlusses nicht hervor. Der Art. 287 enthält insofern vermittelndes Recht als nach Art. 275 eine in Schrift verfaßte Vertragsbestimmung, die in Abweichung von Art. 287 dem Vermiether das Recht eingeräumt hätte, im Falle der Nichteinhaltung des Zahlungstermins, *sofortige* Räumung der Miethobjekte zu begehren, gültig gewesen wäre; aber eine solche Vertragsbestimmung besteht nicht. Ferner hat der Vorderrichter auf die Einsprache des Angesprochenen, daß die verfallene Miethzinsrestanz durch Gegenforderung getilgt sei, bemerkt, da diese Gegenforderung illiquid sei und deren thatsächliche Grundlage nur im ordentlichen Verfahren hergestellt werden könnte, hätte Angesprochener, um seiner Verpflichtung zu genügen, den streitigen Betrag hinterlegen sollen. Dieß ist richtig, *aber es versteht sich von selbst, dass, wenn Räumung einer Miethwohnung wegen Nichtzahlung einer unbestrittenen, verfallenen Miethzinsforderung erst nach Ablauf einer Frist begehrt werden kann, dieselbe Frist auch zur Hinterlegung des Betrages der Miethzinsforderung angesetzt werden muss, wenn dieselbe streitig ist.*

(Kassationsgericht Zürich, 26. Juli 1888.)

Die Nichtanfechtbarkeit

der Gerichtspraxis *auf dem Kassationswege*, daß von Seite eines im Konkurse seines Schuldners leer ausgegangenen Gläubigers für die nämliche Forderung selbst auf dem Wege der Betreibung neue Konkurseröffnung nur im Falle des Nachweises seitherigen Vermögenserwerbes verlangt werden kann.

Ein im Konkurse seines Schuldners zu Verlust gekommener Gläubiger betrieb den letztern längere Zeit nach Beendigung des Konkurses neuerdings für die nämliche Forderung und führte den Rechtstrieb bis zur Konkurseröffnung durch. Die Rekurskammer stellte dann aber das Konkursverfahren ein, weil nicht nachgewiesen sei, daß der Betriebene seit Beendigung des ersten Konkursverfahrens neues Vermögen erworben habe, gemäß § 1108 (früher § 1024) des privatrechtlichen Gesetzbuches und § 23 des Konkursgesetzes aber dieser Nachweis erforderlich sei, um für eine schon im ersten Konkurs angemeldete Forderung Konkurs begehren zu können. Der

Gläubiger focht diesen Entscheid mit der Nichtigkeitsbeschwerde an, indem er demselben unter Anderm Widerspruch mit klarem Recht vorwarf, weil die angeführten Bestimmungen des privatrechtlichen Gesetzbuches und des Konkursgesetzes offenbar nur das Begehren einer Konkurseröffnung *ohne vorherige Durchführung des Rechtstriebes* im Auge haben. Die Beschwerde wurde jedoch mit der folgenden, kurzen Begründung verworfen:

Die Richtigkeit der Auslegung, welche durch die neuere Gerichtspraxis (vergleiche Rechenschaftsbericht des Obergerichtes für 1878, Beilagen, Seite 4 und 5 No. 11, Zeitschrift für zürcherische Rechtspflege XXV S. 336 u. f.) den erwähnten Bestimmungen des privatrechtlichen Gesetzbuches und des Konkursgesetzes gegeben wird, mag in Zweifel gezogen werden, aber einen offenbaren Widerspruch mit *klarem* Rechte enthält diese Gerichtspraxis nicht.

(Kassationsgericht Zürich, 26. Juli 1888.)

Der Vertrieb von Prämienloosen durch den Agenten eines Banquiers als Hausirverkehr.

Mit Verfügung vom 19. Mai 1888 belegte der Gemeindrath Wald den Max Friedrich aus Stettin mit einer Polizeibuße von 15 Fr., weil er ohne Hausirpatent Bestellungen auf Städte-Anlehenloose für den Banquier Alois Bernhardt in Zürich aufgenommen habe. Der Gebüßte verlangte gerichtliche Beurtheilung, allein das Bezirksgericht Hinweil bestätigte die Buße. Dieses Urtheil focht Friedrich mit der Kassationsbeschwerde an, weil durch dasselbe die §§ 5, 1, 2, 7 und 13 des Gesetzes betreffend den Markt- und Hausirverkehr verletzt worden seien (§ 1091 Ziff. 6 des Rechtspflegegesetzes), die Appellationskammer des Obergerichtes wies aber die Beschwerde als unbegründet ab.

Gründe:

Unzweifelhaft fällt der Gewerbebetrieb des Kassationsklägers mit Bezug auf die Art der Ausübung unter den Begriff des Hausirverkehrs nach gewöhnlichem Sprachgebrauch und es frägt sich nur, ob die Umschreibung des Gesetzes eine engere sei und den vorliegenden Fall insbesondere mit Bezug auf den Gegenstand des Handels ausschliesse. Nun mag der Gesetzgeber allerdings zunächst nicht daran gedacht haben, daß auch die Banquiers werden hausiren lassen und deßwegen unterblieb die Aufzählung dieses Handelsartikels in der regierungsräthlichen Verordnung vom 12. Juni 1881. Allein die Fassung des Gesetzes erlaubt den Verwaltungsbehörden, auch diese neue Erscheinung des Handelsverkehrs unter das Gesetz zu subsumiren, denn wenn das Gesetz in § 5, 1 und 2 von Waaren und Artikeln im Allgemeinen spricht, so sind darunter alle möglichen Gegenstände kaufmännischer Transaktion begriffen und als ein solcher sind die in Frage liegenden Prämienloose gewiß auch zu betrachten. Zudem sind die Gründe besonderer polizeilicher Aufsicht im vorliegenden Falle so gut zutreffend als in irgend einem der im Gesetze vorgesehenen Fälle.

(Obergericht Zürich, Appellationskammer, 7. August 1888.)

Zur Frage der Gerichtsbarkeit des Konkursrichters.

Der Streit über die Frage, ob die Faustpfandrechtsansprache eines Dritten an einem vom Gläubiger im Konkurse seines Schuldners widerspruchslos geltend gemachten Schuldbrief begründet sei oder nicht, kann wegen mangelnder Gerichtsbarkeit des Konkursrichters nicht als Konkurspendenz ausgetragen werden.

(Obergericht Zürich, Appellationskammer, 14. August 1888.)

Im Konkurse des Zimmermeisters Konrad Meier in Zürich meldete C. Huber-Güttinger im Niederdorf dahier eine Forderung von 1000 Frkn. an und machte dafür gestützt auf den Inhalt des Schuldscheines vom 12. September 1883, in welchem ihm die Uebergabe eines Schuldbriefes von 5000 Fr. als Faustpfand bescheinigt wird, an diesem, auf den Cridaren

als Schuldner lautenden Titel ein Faustpfandrecht geltend. Die Forderung blieb unbestritten, die Pfandrechtsansprache aber wurde angefochten. Der Konkursrichter hieß dieselbe gut, die Appellationskammer des Obergerichtes aber hob diesen Entscheid als nichtig auf und erklärte, daß auf den vorliegenden Rechtsstreit wegen mangelnder Gerichtsbarkeit des Konkursrichters nicht eingetreten werde.

Gründe:

Nach dem Konkursprotokoll ist der streitige Schuldbrief von der Kreditorin desselben beziehungsweise ihrer Rechtsnachfolgerin angemeldet und die Forderung aus diesem Briefe grundsätzlich nicht bestritten worden. Daraus ergibt sich, daß dieser Brief keineswegs etwa als abbezahlter Brief in die Hand des Schuldners zurückgekehrt und daher von demselben nach § 851 des frühern privatrechtlichen Gesetzbuches nicht wieder veräußert und verpfändet, noch auch aus seiner Hand als Pfand entgegengenommen werden durfte. Es gehört daher der Brief nicht in die Masse, er ist vielmehr Eigenthum der Creditorin und die Forderung, welche verpfändet wurde, ist eine dieser Creditorin zustehende Forderung. Demgemäß ist der vorliegende Streit in Uebereinstimmung mit frühern Entscheiden (Sträuli, Commentar zum Gesetz über die Rechtspflege Seite 225 No. 9 und 10) gar nicht als Konkursstreitigkeit aufzufassen und zu behandeln.

Eheliches Güterrecht.

Gesuch um gerichtliche Genehmigung einer vertraglichen Abänderung desselben (§ 615 bis 617 des neuen privatrechtlichen Gesetzbuches).

Der fallite Zustand eines Ehemannes bildet für sich allein noch keinen genügenden Grund zur Genehmigung einer vertraglichen Aenderung des Güterrechts.

(Obergericht Zürich, Appellationskammer, 7. August 1888.

Ein Gesuch der Eheleute Wolfer-Eberle in Rüti um Genehmigung eines Vertrages, nach welchem sie unter sich eheliche Gütertrennung vereinbart hätten und der Ehemann auf die Nutznießung am Weibergut verzichten würde, wurde mit folgender Begründung abgewiesen:

Die §§ 615—617 des privatrechtlichen Gesetzbuches haben das frühere Recht im ganzen Umfange wieder aufgenommen, nachdem eine Anregung, die Abänderung des ehelichen Güterrechtes zu erleichtern, vom Kantonsrath zurückgewiesen worden war. Eine Aenderung ist indeß insofern eingetreten, als nach § 613 es nunmehr in das Ermessen der Vormundschaftsbehörden gelegt ist, den Schutz der Frau gegenüber dem falliten Ehemann anzuordnen, soweit es ihnen nothwendig erscheint. Es kann daher nicht mehr wohl gesagt werden, der einzige Umstand, daß der Ehemann fallit ist, sei ein besonderer, in den individuellen Verhältnissen liegender und sonst vom Gesetzgeber nicht berücksichtigter Umstand, zu dessen richtiger Berücksichtigung den Eheleuten das freie Vertragsrecht eingeräumt werden müsse. Die wirklich besondern individuellen Verhältnisse, Arbeitskraft, Kinderlosigkeit, erhebliches Frauenvermögen, u. s. w. sind aber, wie das Bezirksgericht richtig auseinandergesetzt hat, nicht dazu angethan, die Nothwendigkeit eines solchen Güterrechtsvertrages zu begründen.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. Oktober 1888. VII. Band. № 19.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter“ erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Streit

über den Umfang des Provisionsanspruches eines Handelsagenten,

dem die Vertretung des beklagtischen Geschäftes in einem bestimmten Gebiete übertragen war. Vertragsauslegung.

Urtheil des Handelsgerichtes Zürich, in Sachen *Hansen* ca. *Dolder*, vom 24. August 1888.

Im April 1886 übertrug Joh. Dolder, Seidenfabrikant in Eßlingen-Egg dem Joseph Hansen in Straßburg seine Vertretung für Elsass-Lothringen und Belgien, in welchen Gebieten der letztere auch andere Schweizerhäuser vertrat. Mit Brief vom 26. April 1886 bestätigte Hansen die getroffene Uebereinkunft von Zürich aus wie folgt:

„Bei dieser Gelegenheit wollen Sie mir „gefälligst bestätigen, daß Sie mir Ihre Ver„tretung für Elsaß-Lothringen und Belgien „übertragen und mir für alle Verkäufe, *direct* „*oder indirect in genannten Ländern ab*„*geschlossen*, drei Prozent Provision nach „Eingang der Fakturen vergüten etc.“

Folgenden Tages antwortete Dolder: „Ich übertrage Ihnen also meine Vertretung für Elsaß-Lothringen und Belgien und vergüte Ihnen *für alle für mich gemachten Verkäufe, direct oder indirekt*, *3* % Provision.

Mit Brief vom 7. September 1887 schrieb Hansen an Dolder: „Es ist mir wiederholt aufgefallen, daß Gustav Cahn in Brüssel Ihre Waaren (Cache-nez) um 10—15 % billiger als wie die mir notirten Preise offerirt. Wenn Sie auf Posten reflectiren, muß ich mindestens denselben Preis machen können, wie Sie ihn Cahn machen, sonst werde ich keine großen Geschäfte abschließen können.“

Am 17. Oktober 1887 übermachte Dolder dem Hansen eine Aufstellung über die bis dahin von Letzterm vermittelten Geschäfte. Es machten dieselben einen Gesammtfakturawerth von 5695 Fr. 30 aus, wovon dem Hansen *1* % Provision mit 57 Fr. gutgeschrieben und in einem Chek übermacht wurde. Hierauf reklamirte Hansen am 19. Oktober unter Bezugnahme auf seinen Brief vom 26. April 1886, daß die versprochene Provision *3* % betrage und daß ihm daher noch zugutkommen: an Provision 104 Fr.
und an eine unterm 21. August eingesandte Spesenrechnung 20 Fr. 90

Total 124 Fr. 90

Dieser Betrag wurde ihm von Dolder zugesandt mit Brief vom 24. Oktober 1887, worin bemerkt ist, eine nochmalige Einsicht

der Briefe des Klägers habe die Richtigkeit der Angaben desselben ergeben.

Am 10. November 1887 schrieb Hansen: „Ich hatte Gelegenheit, Cahn in Brüssel zu sprechen und muß Ihnen mittheilen, daß Sie grosses Unrecht geübt, ihm Ihre Conti über Belgien zu zeigen. Auch muß ich Ihnen sagen, daß ich es vom kaufmännischen Standpunkt aus durchaus nicht billigen kann, Concessionen, wie die an Cahn versprochenen zu machen u. s. w.“ In einem weiteren Schreiben vom 22. November läßt sich derselbe ferner, wie folgt, vernehmen:

„Zu meinem großen Erstaunen mußte ich bei meiner belgischen Kundschaft constatiren daß Sie derselben geschrieben, sie möge sich bei Bedarf an Ihren Vertreter G. Cahn wenden. Sie können Sich denken, wie mich das frappierte, da Sie ja Ihre Vertretung für Elsass-Lothringen und Belgien mir übertragen haben und das Engagement bis zur Stunde noch nicht gelöst ist. Vorläufig verweise ich Sie auf den Inhalt meines Ergebenen vom 26. April 1886 und auf Ihr Geehrtes vom 27. April 1886. . . *Jedenfalls beanspruche ich auch die 3 % Provision für Verkäufe, die Cahn für Sie abgeschlossen haben sollte, „direkt oder indirekt heisst es.“*

In seiner Antwort vom 24. November gibt Dolder nicht zu, daß Cahn sein Vertreter sei, denn er schreibt:

„Ueber Sache Vertretung habe Ihre Bemerkung nie geschrieben. Ich machte einfach mit Cahn ab, ihm monatlich so und so viel zu liefern, während des ganzen Jahres und da ich mit Cahn immer gut ging und er nur gegen baar kaufte, so wäre es doch eine Dummheit, wenn ich einen solchen Kunden würde fahren lassen. Ich machte mit Cahn, ehe ich mit Ihnen in Verbindung trat, kleine Geschäfte, jetzt aber schaffe mit allen Arbeitern ausschließlich nur für ihn; wo und wie er wieder verkauft, geht mich nichts an. Sie werden auch begreifen, daß für Geschäfte, die Cahn und ich mit einander machen, keine Provision geben kann.“

Auf das Begehren des Hansen um Zustellung eines Auszuges über alle in Elsass-Lothringen und Belgien seit dem 26. April 1886 abgeschlossenen Geschäfte, direkt oder indirekt laut Abmachung, verwies ihn Dolder auf die unterm 17. Oktober 1887 übermachte Aufstellung, allein Hansen erwiderte, er finde in diesem Auszuge weder die Posten Cahn in Brüssel, noch Brille & Cie. in Straßburg aufgeführt, er reclamire hiefür die Provision, indem er sich gleichzeitig vorbehalte, noch weitere Reklamationen zu erheben. Er schließt den Brief vom 3. Dezember 1887 mit der Bemerkung: „Ihre Vertretung ist für mich werthlos geworden, da Sie mir in Ihrem letzten sagten, für Cahn keine Provision zahlen zu können. Ich warte nur noch 3 Tage, ehe ich weitere Schritte thue.“ Mit Brief vom 5. Dezember 1887 drückt Dolder sein Erstaunen darüber aus, daß Hansen von den Geschäften mit Brille & Cie. und Cahn Provision beanspruche, während diese Firmen gar nicht Kunden von ihm gewesen seien, Dolder vielmehr mit denselben schon verkehrt habe, bevor er den Hansen nur gekannt. Anschliesend hieran macht Dolder das Zugeständniß: „Nachdem wir Herrn Cahn die Vertretung für Belgien übergeben, hat er uns erlaubt, Ihre Kunden dennoch zu bedienen. Weil Sie eben nur ganz wenig für Belgien gemacht, so haben wir daher diese Vertretung Cahn übergeben in der Meinung, daß Sie nichts dagegen einwenden.“

Die Uebergabe der Vertretung an Cahn war schon am *28. Oktober* 1887 erfolgt. Die bezügliche, von diesem Tage datirte Urkunde lautet: „Ich übergebe Ihnen hiemit die Vertretung für Belgien und Paris und vergüte Ihnen für alle mir gemachten Verkäufe 2 % unter der Bedingung, daß Hansen seine Kunden doch bedienen kann.“

Im Februar 1888 erhob Hansen Klage beim Friedensrichteramt und am 16. Juni ging die Klageschrift mit Weisung beim Handelsgerichte ein. Das ursprünglich gestellte Klagebegehren wurde im Laufe des Prozeßes modifizirt und schließlich dahin praecisirt, *ob der Beklagte Dolder nicht verpflichtet sei, dem Kläger zu bezahlen, 3 % Commission aus den Verkäufen an:*
Gustav Cahn in Brüssel
im Gesammtbetrage von 100,000 Fr.
Brille & Cie. i. Strassburg
im Gesammtbetrage von 5,831 Fr. 70

M. u. S. Blum, frères in Strassburg im Gesammtbetrage von 60 *Fr.*
Charles Lauffer in Antwerpen im Gesammtbetrage von 3425 *Fr.* 15

Schon vor Friedensrichteramt hat der Beklagte den Provisionsanspruch auf den Verkäufen Charles Lauffer anerkannt und in der Klageeinlaßung ist von ihm ferner zugegeben worden, die Provision auf den Verkäufen mit M. und S. Blum frères zahlen zu müssen. Die dießfälligen Verkaufsbeträge machen die Gesammtsumme von 3485 Fr. 15 aus und beträgt somit die Provision à 3 % 104 Fr. 55 Rp. In diesem Betrage wurde die Klage auf Grund der Anerkennung gutgeheißen, *im Uebrigen aber abgewiesen.*

Gründe:

1. Der Kläger fordert vom Beklagten auf Grund eines im April 1886 getroffenen Uebereinkommens, wodurch ihm der Letztere seine Vertretung für Elsaß-Lothringen und Belgien übertrug, die vereinbarte Provision von 3 % auf gewissen, zwischen dem Beklagten und den Geschäftshäusern Gustav Cahn in Brüssel, Brille & Cie. in Straßburg, M. & S. Blum in Straßburg und Charles Lauffer in Antwerpen abgeschlossenen Kaufsgeschäften über Seidenwaaren (Cache-nez). Bezüglich der Geschäfte mit Blum und Lauffer ist der Anspruch anerkannt, im Uebrigen aber bestritten. Die Bestreitung stützt sich auf die Behauptung, dem Kläger sei eine Provision nur versprochen worden von Bestellungen, die derselbe direkt aufgebe, sowie von solchen Verkäufen, welche der Kläger durch Anweisung von neuen Kunden, also indirekt vermittle; demnach komme demselben auf den Verkäufen an Cahn und Brille & Cie., welche ohne jede Mitwirkung ab seiner Seite abgeschlossen worden seien, eine Provision nicht zu. Der Kläger stellt nicht in Abrede, daß die Bestellungen sowohl des Cahn als der Firma Brille & Cie. von diesen dem Beklagten direkt aufgegeben worden seien; die in der schriftlichen Klagebegründung aufgestellte Behauptung, daß diese Geschäftsleute vom Kläger an den Beklagten gewiesen, also durch Hansen als Kunden gewonnen worden seien, ist heute nicht mehr aufrecht erhalten worden. Mit Bezug auf Cahn in Brüssel ist nämlich zugegeben und übrigens auch durch die Akten festgestellt, daß derselbe den Beklagten schon Ende 1885 gekannt und mit ihm verkehrt hat. Ferner ist vom klägerischen Vertreter heute erklärt worden, daß Brille & Cie. ihre erste Bestellung vom August 1886 direkt nach Eßlingen aufgegeben haben, sowie daß Hansen denselben vorher keine Offerten gemacht hatte. Es ist somit ohne Weiters klar, daß wenn die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung den vom Beklagten behaupteten Inhalt hat, der Provisionsanspruch des Klägers auf den Geschäften mit Cahn und Brille & Cie. nicht begründet ist.

2. Nun behauptet aber der Kläger, die Vereinbarung sei weiter, nämlich dahin gegangen, daß ihm die Provision nicht nur vergütet werde von den durch ihn vermittelten Abschlüssen, sondern überhaupt von allen Verkäufen, die der Beklagte nach Elsaß-Lothringen und Belgien bewerkstelligen könne. Für diese Darstellung beruft er sich in erster Linie auf den Brief des Klägers vom 26. April 1886, in welchem das Resultat der mündlich gepflogenen Unterhandlungen präzis dahin wiedergegeben sei, der Beklagte habe dem Kläger die Provision zu vergüten „für alle Verkäufe, direkt oder indirekt in genannten Ländern abgeschlossen“. Wäre die Abmachung, so wie sie hier schriftlich fixirt ist, vom Beklagten bestätigt oder stillschweigend als richtig anerkannt worden, so stünden der klägerischen Auslegung der Worte: „direkt oder indirekt“ weniger Bedenken entgegen. Dieselben haben einen verschiedenen Sinn, je nachdem der Schreiber *sich* im Auge gehabt hat oder nicht. Im erstern Falle läge ein direkt abgeschlossener Verkauf dann vor, wenn der Kläger eine Bestellung aufnimmt und sie dem Beklagten übermittelt, ein indirekt abgeschlossener dann, wenn er zwar den Auftrag nicht selbst übermacht, aber doch ein Geschäft in der Weise anbahnt, daß er dem Beklagten Kunden zuweist (Auslegung des Beklagten). Aber ebenso gedenkbar wäre, daß mit „direkt“ der Fall bezeichnet werden

wolle, wo ein Verkauf unter Mitwirkung des Klägers in der einen oder andern Weise zu Stande kommt, im Gegensatz zum Geschäft, an welchem derselbe keinen thätigen Antheil nimmt (Auslegung des Klägers). Nun weicht aber die Fassung, welche der Beklagte der getroffenen Vereinbarung in seiner Antwort vom 27. April 1886 gibt, von derjenigen im Briefe des Klägers vom 26. April so erheblich ab, daß die erstere nicht, wie es klägerischerseits versucht worden ist, lediglich auf mangelhafte Ausdrucksweise zurückgeführt werden kann. Es bekunden die beiden Briefe vielmehr eine grundsätzliche Differenz in der Auffassung der Contrahenten bezüglich des Vertragsinhaltes. Der Beklagte gesteht nämlich die Provision nur zu: „für alle *für mich* gemachten Verkäufe, direkt oder indirekt.“ Damit ist von vornherein gesagt, daß Provision jedenfalls dann nicht bezahlt werde, wenn, wie beispielsweise im Falle Brille & Cie. der Kunde, ohne vom Agenten auf den Beklagten aufmerksam gemacht worden zu sein, Letzterm eine Bestellung aufgibt, denn das wäre kein „für ihn“, sondern ein „von ihm“ gemachter Verkauf. Dagegen bleibt immer noch zweifelhaft, ob gemäß der Auslegung des Beklagten die Mitwirkung des Klägers als selbstverständlich vorausgesetzt sei, so daß die Worte: „direkt oder indirekt“ nur die Art seiner Bethätigung bezeichnen würden, oder ob unter indirekten Abschlüssen in der That auch z. B. die durch Vermittlung eines Dritten bewerkstelligten Verkäufe verstanden werden können.

3. Die Frage, ob dem Kläger, wie er geltend macht, die *Allein*vertretung für Elsaß-Lothringen und Belgien übertragen worden sei, ist deßhalb ohne alle Bedeutung für den Ausgang dieses Prozesses, weil ein bestimmter Usus, wonach der für ein gewisses Gebiet engagirte Handelsagent oder Provisionsreisende auch für die direkt aus diesem Gebiet eingehenden Aufträge Provision zu beanspruchen hätte, nicht besteht, sondern einfach die jeweilige Vereinbarung maßgebend ist.

4. Nachdem oben gezeigt worden, daß die Briefe der Litiganten vom 26./27. April 1886 keine sichern Anhaltspunkte für die Erforschung des Vertragswillens bieten, sondern einer verschiedenen Deutung fähig sind und daß der Kläger sich für seine Anschauung auch nicht auf eine feststehende Uebung berufen kann, so bleibt nur noch zu untersuchen, ob anderweitige Beweismomente dafür sprechen, daß die Provision von 3 % für alle nach den Vertragsgebieten effectuirten Verkäufe verstanden gewesen sei. Selbstverständlich ist der Kläger für eine solche Vereinbarung als die Grundlage seiner Forderungsansprache beweispflichtig. Nach einer Aeußerung des klägerischen Vertreters in der Referentenaudienz wäre anzunehmen gewesen, er wolle sich auf den Fabrikanten Pfister in Wetzikon, welcher bei der mündlichen Unterredung zwischen den Parteien zugegen gewesen sein soll, als Zeugen dafür berufen, daß die Abmachung den von ihm behaupteten Sinn gehabt habe; heute ist indessen ein solches Beweisanerbieten nicht mehr gemacht worden. Die weitern von ihm angeführten Indizien aber reichen nicht aus, um den dem Kläger obliegenden Beweis als geleistet anzusehen.

5. Es wird nämlich darauf hingewiesen, daß der Beklagte dem Kläger in seiner Rechnungsaufstellung vom 17. Oktober 1887 die Provision von dem Verkaufe an Bigar frères in Colmar gutschreibe, obschon diese direkt in Eßlingen ab Lager gekauft haben. Allein darauf kann nichts ankommen, weil der Beklagte die Provision auch von Geschäften vergüten will, die Kläger lediglich durch Zuweisung von Kunden ermöglicht hat. Es hätte vielmehr weiter zum Beweise verstellt werden müssen, daß der Kläger auch nicht etwa *die Geschäftsverbindung* mit Bigar frères angeknüpft habe, was vom Beklagten behauptet wird, allein das ist nicht geschehen und zudem liegt der Gegenbeweis dafür, daß die Geschäftsverbindung des Beklagten mit Bigar frères wirklich auf Vermittlung des Klägers zurückzuführen ist, in den Akten.

Auch der Hinweis darauf, daß die Provision auf dem Geschäfte mit Blum frères in Straßburg anerkannt werde, ist ohne Bedeutung, denn der Beklagte behauptet auch hier, daß Blum frères durch den Kläger bei ihm eingeführt worden seien und das Gegentheil ist nicht erwiesen. In der Klageschrift hat

Kläger selbst behauptet, daß Dolder die Adresse dieses Hauses durch ihn erfahren habe und in Uebereinstimmung damit wird auch heute noch zugegeben, daß er den Blum einmal zum Beklagten begleitet habe. Wenn nun auch damals kein Geschäft zu Stande gekommen ist und es richtig sein sollte, was heute behauptet wird, daß Blum frères später durch einen gewissen Braunschweig in Firma Königsberger & Rüdenberg in Zürich bei Dolder eingeführt worden seien und das in Frage stehende Geschäft erst daraufhin zu Stande kam, so ist ja nicht ausgeschlossen, daß der Beklagte, verleitet durch die Ausführung in der Klageschrift, Hansen habe Blum frères mit Dolder bekannt gemacht, auf die irrthümliche Annahme verfiel, das in Frage stehende Geschäft sei anläßlich des erwähnten Besuches durch Hansen und Blum geschlossen worden, unter diesen Umständen aber kann die Anerkennung des bezüglichen Provisionsanspruches nicht als Beweismoment für die Richtigkeit der klägerischen Vertragsauslegung verwerthet werden und zwar um so weniger, als der Betrag so gering ist, daß der Beklagte auch finden mochte, es verlohne sich nicht der Mühe, diese Post weiter zu beanstanden und ein Beweisverfahren hierüber zu veranlassen.

6. Haben sich einerseits keine positiven Anhaltspunkte für die Richtigkeit der klägerischen Vertragsauslegung ergeben, so kommt anderseits noch hinzu, daß die von den Litiganten geführte Correspondenz entschieden gegen dieselbe spricht. Als der Kläger am 17. Oktober 1887 den Provisionsauszug erhielt, war ihm, wie sein Brief vom 7. September 1887 beweist, bereits bekannt, daß der Beklagte mit Cahn in Brüssel verkehre, indem er sich dort beklagt, daß diesem günstigere Bedingungen gestellt werden. Wenn nun auch noch zugegeben werden will, daß Kläger am 7. September noch keine Veranlassung gehabt habe, daran zu erinnern, daß ihm die Provision von den Verkäufen an Cahn gutzuschreiben sei, so ist doch höchst auffällig, daß dieß auch dann nicht geschah, als er den Provisionsauszug zu Gesicht bekommen hatte. Seine Reklamation vom 19. Oktober beschränkte sich darauf, daß ihm der Beklagte bloß *1* %, statt wie vereinbart, 3 % gutschreibe. Der Kläger kann nicht einwenden, daß er am 19. Oktober noch keine Veranlaßung gehabt habe, die Provision auf den Geschäften mit Cahn zu verlangen, weil die Waaren damals noch nicht geliefert und die Fakturabeträge noch nicht eingegangen gewesen seien, denn der Verkehr mit Cahn reicht viel weiter zurück und es würde der Kläger, welcher sich über diesen Punkt schon Anfangs September beklagt hatte, wohl kaum unterlassen haben, über jenen Verkehr Rechenschaft zu verlangen, wenn er damals überhaupt daran gedacht hätte, es komme ihm von diesen Verkäufen Provision zu. Erst im Briefe vom 22. November, — der Kläger hatte inzwischen vernommen, daß Dolder dem Cahn die Vertretung für Belgien übertragen habe, — nahm er den Standpunkt ein, er habe die Provision auch von den Lieferungen an Cahn zu beanspruchen, aber nicht sowohl vom Gesichtspunkt des Vertrages aus als vielmehr deßhalb, weil der Kläger vertragsbrüchiger Weise einen andern Vertreter für Belgien bestellt habe. Ein völlig durchschlagendes Moment dafür endlich, daß Kläger bis zu dem Momente, in welchem er die Anstellung des Cahn als Vertreter des Beklagten erfuhr, selbst nicht davon ausging, daß er auf den direkten Abschlüssen des Dolder mit Cahn Provision zu fordern habe, muß in seiner Klage darüber gefunden werden, daß dem Cahn um 10—15 % unter den ihm limitirten Preisen offerirt werde, denn wäre er davon ausgegangen, daß ihm auch auf diesen Geschäften die Provision zukomme, so hätte ihm ein möglichst umfassender Absatz an Cahn ja nur recht sein können. Dieses unsichere und mit dem heute verfochtenen Standpunkt sich nicht reimende Verhalten des Klägers ist ein Grund mehr, die Klage, so wie sie gestellt und begründet worden ist, abzuweisen.

7. Es hätte sich vielleicht noch die Frage erörtern lassen, ob der Beklagte nicht schadenersatzpflichtig geworden sei auf Grund der Thatsache, daß er mit Außerachtsetzung der gegenüber dem Kläger eingegangenen Verbindlichkeit dem Cahn die Vertretung für Belgien übertragen habe und ob nicht der

Kläger aus diesem Titel Bezahlung der Provision auf den von Cahn vermittelten Verkäufen hätte verlangen können; allein ein derartiger Schadenersatzanspruch ist nicht Gegenstand der Klage, wofür lediglich auf den heutigen Vortrag des klägerischen Vertreters zu verweisen ist.

8. Hienach muß die Klage, soweit sie nicht anerkannt worden ist, verworfen werden. Die Kosten sind dem Kläger aufzulegen, dagegen ist dem Beklagten eine Prozeßentschädigung nicht zuzusprechen, da er keineswegs in guten Treuen gehandelt hat, als er hinter dem Rücken des Klägers einen andern Vertreter für Belgien bestellte.

Dienstvertrag.

Anstellung eines Reisenden. Lohnversprechen in Form der Provisionszusicherung auf den vermittelten Geschäften und der eventuellen Zusicherung einer Extraentschädigung, falls der Provisionsverdienst nicht einen bestimmten, durchschnittlichen Betrag per Woche erreichen sollte. Probeanstellung. Streit über die Frage, ob dieselbe in eine feste Anstellung übergegangen sei.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 18. August 1888.

Albert Nüscheler, Inhaber einer Dampfwäscherei in Riesbach schloss am 11. Juni 1887 mit H. Steiner in Außersihl eine „Anstellungsvertrag" betitelte Uebereinkunft ab, in welcher gesagt ist:

1. Nüscheler stellt den Steiner mit dem 11. Juni als Reisenden an *und zwar zunächst auf eine 14tägige Probezeit.*

2. Steiner verpflichtet sich, Bestellungen für alle im Geschäfte vorkommenden Arbeiten aufzunehmen und speziell Kleider etc. zum Auffärben und Waschen zu sammeln.

3. Steiner erhält für seine Bemühungen folgende Renumeration:

a. Für alle von ihm gesammelten Kleider etc. *von Privatleuten* zum Färben oder Waschen sowie für solche, die in Folge seiner Bemühungen nachgeschickt werden, erhält er 30 % des Nettobetrages der Rechnungen.

b. Für alle von ihm direkt gebrachten oder beeinflußten *Hotel*effekten, die zu der reduzirten Preisliste berechnet werden, erhält er 20 % Provision.

c. Für alle *von Geschäften* erhobenen Aufträge zum Färben oder Bleichen von Garnen, Tricots oder Tüchern, Ausrüsten von neuen Hemden etc. erhält Steiner 5 % des Nettobetrages der erstmonatlichen Lieferungen. Nachher, wenn der Kunde gesichert ist, wird für jeden Kunden 10—15 Fr. bezahlt.

d. *Im Falle die obigen Provisionen den durchschnittlichen Betrag von 36 Fr. per Woche nicht erreichen sollten, so zahlt Nüscheler die Differenz, im Maximum jedoch nicht mehr als 12 Fr. als Extravergütung.*

4. Ohne besondere weitere Vereinbarung darf Nüscheler keinen zweiten Reisenden anstellen.

Am 17. Juni bezahlte Nüscheler dem Steiner 6 Fr., bis dahin hatte derselbe ein Kleid zum Färben gebracht, das aber erst viel später hergestellt worden ist, und für welches vielleicht 1 Fr. 20 Lohn verrechnet werden konnte. Am 23. Juni schrieb Nüscheler seinem Reisenden: „Es wäre mir angenehm, wenn Sie zu einer Besprechung vorbeikommen würden." Dieser Einladung soll Steiner, wie Nüscheler behauptet, am 25. Juni Folge geleistet haben und bei diesem Anlaß will er demselben erklärt haben, daß, da er während der Probezeit keinerlei nennenswerthe Resultate erziehlt habe, von einem Uebergang der Probeanstellung in eine definitive Anstellung keine Rede sein könne und der Anstellungsvertrag somit aufgehoben sei, daß er dagegen nichts einzuwenden habe, wenn Steiner gleichwohl weiter für ihn reisen wolle. Die Antwort des letztern soll dahin gegangen sein, er wolle weiter für Nüscheler reisen, wenn er nur die Provisionen erhalte, an dem fixen Gehalt von 12 Fr. per Woche (Extraentschädigung laut Art. 3 lit. d. des Vertrages) wolle er nicht festhalten. Bei diesem Anlaß will Nüscheler dem Steiner 18 Fr. bezahlt haben um damit die garan-

tirten 24 Fr. für 2 Wochen zu completiren. In seinem Ausgabebüchlein sind sowohl diese 18 Fr. als die 6 Fr. vom 17. Juni eingetragen. Erstinstanzlich bestritt Steiner, daß am 25. Juni 1887 überhaupt eine Conferenz stattgefunden habe, zweitinstanzlich dagegen gab er das Zusammentreffen an diesem Tage zu, behauptete aber, daß es sich nur um einen seiner regelmäßigen Geschäftsbesuche gehandelt habe und stellte durchaus in Abrede, daß bei diesem Anlasse irgend etwas über die Frage gesprochen worden sei, ob das zunächst probeweise Anstellungsverhältnis nunmehr ein definitives werden soll oder nicht; auch der Empfang von 18 Fr. oder irgend einès andern Betrages an diesem Tage wird von Steiner bestritten. Er behauptet, daß überhaupt niemals, weder früher noch später, auch nur ein Wort darüber gesprochen worden sei, ob seine Anstellung nunmehr den Charakter einer definitiven habe oder nicht; sein Standpunkt sei der gewesen, daß, so lange er im Besitze seines Vertragsexemplars sei, er auch die ihm darin zugesicherten Rechte geltend machen könne. Nüscheler will den Vertrag deßhalb nicht aushin verlangt haben, weil er der Meinung gewesen sei, daß derselbe im Falle der Nichterneuerung mit dem Ablauf der Probezeit von selbst dahin falle.

Am 13. September schrieb Nüscheler an Steiner: „Ich hatte immer gehofft, entweder von Ihnen direkt zu hören oder irgend welche Aufträge zu erhalten von den Geschäften, die Sie besuchten, leider aber war keines von beiden der Fall. Könnten Sie nicht bei den Geschäften nochmals vorsprechen? *Ich bin noch immer geneigt, Ihnen die Provisionen zu geben für alle durch Sie erhaltenen oder beeinflussten Aufträge.* Es wird mir angenehm sein, wenn Sie gelegentlich vorbeikommen.“

Am 20. September brachte Steiner ein Kleid zum Färben, das zweite seit dem 11. Juni und erhielt bei diesem Anlaß *zugegegebenermassen* 5 Fr., die im Ausgabebüchlein Nüschelers notirt sind. Am 15. November schrieb Steiner, daß er sich seit dem 30. Oktober nicht mehr als Reisender Nüschelers betrachte und daher Bezahlung der ihm vertraglich versprochenen Extraentschädigung von wöchentlich 12 Fr. für die Zeit vom 11. Juni bis Ende Oktober verlange. Bis dahin hatte er diese Entschädigung zugegebenermaßen nie reklamirt; daß er sie aber schon früher hätte brauchen können, erhellt daraus, daß am 20. Juli der Konkurs über ihn eröffnet und am 9. November *Mangels Aktiven* wieder aufgehoben worden ist. Nüscheler bestritt den Anspruch und es kam zum Prozeß. Eingeklagt wurden für 20 Wochen à 12 Fr. 240 Fr. als Extraentschädigung laut Art. 3 des Vertrages; Provision verlangte der Kläger keine, obgleich er im Ganzen nur 11 Fr. erhalten haben will und obgleich er, wenn sein Provisionsverdienst ein grösserer gewesen wäre, er auch diesen bis zu 24 Fr. wöchentlich neben der Extraentschädigung hätte verlangen können. Der Standpunkt des Beklagten war der, daß Kläger die Extraentschädigung für die ersten 14 Tage erhalten habe, für die Folgezeit aber dieselbe nicht fordern könne, weil die Vertragsklausel, aus welcher der Anspruch abgeleitet werde, mit dem Ablauf der Probezeit außer Wirksamkeit getreten sei und der Anspruch eventuell zur Voraussetzung hätte, daß Kläger sich Mühe gegeben, die vorgesehene Provision von durchschnittlich 36 Fr. per Woche zu verdienen, was aber durchaus nicht der Fall gewesen sei. Kläger habe in Wirklichkeit gar nichts geleistet, sondern einfach auf die 12 Fr. spekulirt, davon ausgehend, daß er, um diese fordern zu können, nichts thun müsse.

Das Bezirksgericht hieß die Klage gut, *die Appellationskammer des Obergerichtes dagegen verwarf dieselbe.*

Gründe:

1. Der Kläger verlangt die Bezahlung der ihm in Art. 3 lit. d des Anstellungsvertrages vom 11. Juni 1887 für den Fall, als sein Provisionsverdienst den durchschnittlichen Betrag von 36 Fr. per Woche nicht erreichen sollte, zugesicherten Extraentschädigung und zwar im Betrage von 12 Fr. per Woche und für die Zeit vom 11. Juni 1887 bis 29. Oktober gl. Js., was genau 20 Wochen und

diese mit dem Einheitsansatz von 12 Frkn. multiplicirt, den eingeklagten Betrag von 240 Fr. ausmacht.

2. Der erwähnte Anstellungsvertrag sagt, daß der Kläger zunächst nur auf eine 14tägige Probezeit engagirt werde. Diese Probezeit ist von ihm gemacht worden und da er während derselben per Woche unbestrittenermaßen lange nicht 24 Frkn. an Provisionen verdient hat, so ist sein Anspruch auf Bezahlung der Extraentschädigung bezüglich dieser Zeit unter der Voraussetzung an sich begründet, daß er das nöthige gethan habe, um die vorgesehene Provision von durchschnittlich 36 Fr. per Woche zu verdienen. Nun scheint zwar die letztere Voraussetzung vom Beklagten nicht anerkannt werden zu wollen, allein das ist deßwegen gleichgültig, weil er den Anspruch bezüglich der Probezeit an sich gleichwohl nicht bestreitet, sondern gegentheils dadurch anerkennt, daß er sogar dessen Befriedigung durch Zahlung der 24 Fr. behauptet. Die Zahlung hat er zu beweisen und sie ist auch bewiesen, weßhalb der Anspruch aus diesem Gesichtspunkte verworfen werden muß. Der Zahlungsbeweis liegt in dem heute vom Beklagten ohne Widerspruch des Klägers vorgelegten, unverdächtig geführten Ausgabebüchlein, denn nach diesem hat der Kläger am 17. Juni, also am sechsten Tage der Probezeit, 6 Fr. und am 25. Juni, dem letzten Tage der Probezeit, 18 Fr., zusammen 24 Fr. erhalten. Die Bucheinträge sprechen hier allerdings von Provisionen, allein so konnte der Beklagte auch die sogenannte Extraentschädigung nennen, weil dieselbe ja im Grunde genommen nur eine Aufbesserung des Provisionsverdienstes sein, diesen ergänzen und eventuell ersetzen sollte und daß es sich hier übrigens in der That nicht um eigentliche Provisionen handelt, beweist wohl der Umstand, daß solche damals, d. h. am 17. und 25. Juni noch gar nicht verdient, jedenfalls aber noch gar nicht fällig waren. Nach seiner heutigen persönlichen Erklärung hätte der Kläger überhaupt während der ganzen in Frage kommenden Zeit d. h. bis zum 29. Oktober 1887 nur 11 Fr. Provision verdient, weßhalb ihm am 17. und 25. Juni unter diesem Titel unmöglich 24 Fr. ausbezahlt worden sein können; es liegt aber auch für den Verdienst von nur 11 Fr. absolut nichts vor und scheint derselbe vielmehr den am 22. September ausbezahlten Betrag von 5 Fr. nicht überstiegen zu haben.

3. Was nun die Zeit vom 25. Juni bis 29. Oktober 1887 betrifft, so hat die darauf entfallende Forderung des Klägers vor Allem aus zur Voraussetzung, daß das zunächst bloß probeweise abgeschlossene Anstellungsverhältniß nach Ablauf der Probezeit ein definitives geworden und nicht, wie der Beklagte behauptet, aufgelöst, und durch die anderweitige Verabredung ersetzt worden sei, daß dem Kläger bloß gestattet werde, nach seinem Belieben auch fernerhin Bestellungen für den Beklagten aufzunehmen und daß wenn und soweit er das thue, ihm die ursprünglichen Provisionssätze vergütet werden. Jene Voraussetzung trifit nun aber nicht zu, sondern es muß vielmehr die Darstellung des Beklagten, daß das Anstellungsverhältniß nach Ablauf der Probezeit aufgehoben bezw. nicht als definitives declarirt, vielmehr durch die genannte anderweitige Vereinbarung ersetzt worden sei, als den Akten entsprechend angesehen werden. Das Bezirksgericht negirt diese Auffassung wesentlich mit der Begründung, daß eine Auflösung des Anstellungsvertrages nach Ablauf der Probezeit oder eine Abänderung derselben, um gültig zu sein, der schriftlichen Form bedurft hätte. Allein das ist, wie bei einigem Nachdenken und auch nur oberflächlichem Ansehen des Gesetzes leicht hätte erkannt werden können, unrichtig, einmal deßwegen, weil es sich im Grunde genommen weder um eine Auflösung noch Abänderung des Anstellungsvertrages bezüglich der Folgezeit, sondern darum handelte, ob der zunächst ja bloß auf eine 14tägige Probezeit abgeschlossene Vertrag auch fernerhin Geltung haben solle, welche Entscheidung lediglich vom Willen des Beklagten abhing und durch einfache Erklärung desselben getroffen werden konnte und sodann, weil die Vertragsänderung nach dem Obligationenrecht zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form dann nicht bedarf, wenn diese für den Vertrag selbst nicht vorgeschrieben ist und für die reine Vertragsauf-

lösung sogar im letztern Falle nicht gefordert wird (siehe Art. 11 und 140 des O.-R.).

4. Die Richtigkeit der beklagtischen Darstellung, daß das zunächst nur auf Probezeit abgeschlossene Anstellungsverhältniß nach Ablauf der letztern als dahin gefallen erklärt bezw. vom Beklagten für die Folgezeit nicht gebilligt und durch die anderweitige Vereinbarung ersetzt worden sei, daß der Kläger nach seinem Belieben weiter Bestellungen aufnehmen könne und soweit er das thue, Provision erhalte, ergibt sich aus folgenden Beweismomenten: Zunächst liegt es in der Natur einer Probeanstellung, daß nach Ablauf der Probezeit eine Entscheidung darüber getroffen werde, ob das Verhältniß zum definitiven werden soll oder nicht. Das Bedürfniß nach einer solchen Entscheidung ist auf beiden Seiten, namentlich aber auf Seiten des Prinzipals vorhanden und die Wahrscheinlichkeit spricht daher auch dafür, daß die citirte Entscheidung beidseitig, vor Allem aus aber vom Prinzipalen gesucht werde. Am 23. Juni lud der Beklagte den Kläger brieflich zu einer Besprechung ein. Der Zeitpunkt dieser Einladung, als der zweitletzte Tag der Probezeit, deutet daraufhin, daß die darin vorgesehene Besprechung zum Zwecke der Entscheidung darüber, ob der Anstellungsvertrag über die Probezeit hinaus fortdauern soll oder nicht, gewünscht wurde. Der Kläger hat heute nicht mehr bestritten, daß er dann am 25. Juni, dem letzten Tag der Probezeit, mit dem Beklagten persönlich zusammengekommen sei, es soll aber sein Besuch bloß ein Geschäftsbesuch, wie er ihn alle Samstage gemacht haben will, gewesen sein. Allein sei dem wie ihm wolle, so bleibt die Wahrscheinlichkeit bestehen, daß der Beklagte jene Einladung zu dem genannten Zwecke erlassen hat und daß man, einmal beieinander, am letzten Tage der Probezeit auch darüber gesprochen hat, ob nun das Anstellungsverhältniß ein definitives werden soll oder nicht. Angesichts dieser Verhältnisse spricht es entschieden gegen die Darstellung des Klägers, daß er erstinstanzlich überhaupt leugnete, mit dem Beklagten am 25. Juni zusammengewesen zu sein und nunmehr die Begegnung zwar zuzugeben scheint, aber von einer Besprechung über die Fortdauer des Anstellungsverhältnisses nichts wissen will. Daß wirklich eine solche stattgefunden hat und speziell der Entscheid so ausgefallen ist, wie Beklagter behauptet, erhellt zur Genüge aus der Thatsache, daß dem Kläger an diesem Tage 18 Fr. ausbezahlt worden sind, was mit den am 17. Juni bezahlten 6 Fr. gerade die Extraentschädigung für die Probezeit ausmacht, eine Thatsache, welche durch das Ausgabebüchlein des Beklagten bewiesen wird, und die namentlich auch deßwegen um so beweisbildender ist, weil der Kläger dieselbe beharrlich bestreitet, was sich nur aus der Erkenntniß der Bedeutung derselben für die Darstellung des Beklagten erklären läßt. Der bezügliche Eintrag des Beklagten in seinem Ausgabebüchlein ist um so zuverlässiger, als Kläger die beiden andern, ebenfalls eingetragenen Ausgabeposten von 6 Fr. und 5 Fr. = 11 Fr. anerkennen muß. Es ist fast gar nicht gedenkbar, daß am letzten Tage der Probezeit die Extraentschädigung von 24 Fr. ausbezahlt, beziehungsweise completirt worden sei ohne gleichzeitige Besprechung der Frage, ob das Vertragsverhältniß fortgesetzt werden soll oder nicht, wie aber die bezügliche Entscheidung ausgefallen sein muß, zeigt am besten der Umstand, daß der Kläger die Besprechung überhaupt leugnet. Daß dieselbe auf Nichtfortsetzung des Anstellungsvertrages lautete, wird überdem unterstützt durch den Umstand, daß der Kläger keinerlei Erfolge aus der Probezeit aufzuweisen hatte und den Brief des Beklagten vom 13. September 1887 in Verbindung mit der Thatsache, daß der Kläger anerkanntermaßen gegen den Inhalt desselben nicht protestirt hat. Nüscheler schrieb nämlich hier dem Kläger, anlehnend an die Bemerkung, daß er immer gehofft habe, von demselben direkt zu hören oder von ihm Aufträge zu erhalten, daß er immer noch geneigt sei, demselben die versprochenen Provisionen für alle durch ihn erhaltenen oder beeinflußten Aufträge zu geben; so konnte er aber nur schreiben, ausgehend von der Annahme, daß ihm eine bezügliche Vertragspflicht nicht mehr obliege, beziehungsweise ein eigentliches Anstellungsverhältniß nicht mehr bestehe, sondern an

dessen Stelle ein jederzeit wiederrufbares Mandat getreten sei. Dem Kläger konnte diese Auffassung nicht entgehen und wenn er gleichwohl dagegen nicht remonstrirt hat, so liegt darin ein unterstützendes Moment für die Annahme, daß er die Auffassung des Beklagten getheilt habe. Der Kläger hat heute ferner zugegeben, daß er die eingeklagten 12 Fr. bis Ende Oktober nie reklamirt hat, vorausgesetzt nun aber, er wäre der Ansicht gewesen, daß ihm der Anspruch wirklich zustehe, ist bei seinen schlechten ökonomischen Verhältnissen absolut klar, daß er die Zahlung nicht nur einmal, sondern sogar alle Wochen verlangt haben würde. Daß es nie geschehen ist, spricht also entschieden dafür, daß Steiner die Nichtgeltung der Extraentschädigungsklausel über die Probezeit hinaus sehr wohl kannte. Daß derselbe am 22. September noch ein Kleid zum Färben brachte, kann Angesichts des Angeführten nicht für die Fortdauer des ursprünglichen Anstellungsvertrages verwerthet werden, weil ihm ja auch nach Aufhebung desselben freistand, gegen Provision für den Beklagten thätig zu sein.

5. Muß nach dem Gesagten davon ausgegangen werden, daß der Anstellungsvertrag vom 11. Juni 1887 mit Ablauf der Probezeit dahingefallen ist und somit die Vertragsklausel des Art. 3 lit. d, aus welcher der Klageanspruch abgeleitet wird, vom 25. Juni 1887 an nicht mehr in Wirksamkeit gewesen ist, so folgt daraus von selbst, daß die Klage auch bezüglich der Zeit von diesem Tage an bis am 29. Oktober unbegründet ist.

Aus dem Gebiete des Strafrechts.

Zum Begriffe des „Wuchers".

Auszug aus einem Urtheil der Appellationskammer des zürcher. Obergerichtes vom *5. September 1888* in Sachen der Staatsanwaltschaft als Anklägerin und des Eduard Krug zum Stadtkeller in Zürich als Geschädigten gegen Jsak Phillipp Weil, Privatier in Riesbach als Angeklagten.

Wortlaut der Anklage.

Der Angeklagte hat vom Jahre 1878 an bis 1886 dem Damnificaten Eduard Krug gewerbsmäßig gegen Wechsel Darlehen gewährt. Speziell seit Erlass des Wuchergesetzes vom 18. Juni 1883 hat derselbe in Ausbeutung der notorischen Nothlage des Krug demselben gegen die Ausstellung von 3 Monat-Wechseln jährlich 2—3000 Fr. vorgeschossen, sich aber für die einzelnen Vorschüsse 5 % vierteljährlich, oder 20 % jährlich an Zinsen bezahlen lassen. Es ist die Entgegennahme so hoher Prozente, die weit über den im Wechselverkehr üblichen Zinsfuß von durchschnittlich 6 % hinausgeht, selbst in Anbetracht des in concreto bedeutenden Risicos als beträchtliche Ueberschreitung eines vernünftigen und erlaubten Maßes von Vermögensvortheilen zu bezeichnen und ist das bezügliche Geschäftsgebahren des Weil als Wucher zu qualificiren.

Weil hat sich daher des Wuchers im Sinne von § 181a des St. G. B. schuldig gemacht und ist deßhalb gemäß § 181b und 181c lit. b ibid. zu bestrafen.

Weil wurde zweitinstanzlich freigesprochen, jedoch mit den Kosten der Untersuchung belastet.

Gründe:

1. Die objektiven Voraussetzungen des Vergehens des Wuchers sind nach unserer Gesetzgebung:

a. Eine Nothlage, Leichtsinn, Verstandesschwäche oder Unerfahrenheit auf Seite des Geschädigten,

b. ein auffälliges Mißverhältniß zwischen der Leistung des Wucherers und der Gegenleistung des Geschädigten zum Nachtheile des letztern,

c. ein Causalzusammenhang zwischen diesen beiden Momenten. nämlich eine durch das erste Moment bedingte Willensunfreiheit des Geschädigten, welche ihn zwingt, bei seinen Rechtsgeschäften mit dem Wucherer eine weit bedeutendere Gegenleistung zu machen.

2. Das erste dieser Momente ist im vorliegenden Falle vorhanden, wenn auch keines-

wegs in hohem Maße. Von Verstandesschwäche oder Unerfahrenheit des Krug kann selbstverständlich nicht gesprochen werden, wohl aber von einer Nothlage desselben und — wenn auch in geringerm Grade — von Leichtsinn. Freilich bestand die Nothlage nicht darin, daß Krug außer bei Weil überhaupt gar keinen Kredit mehr gefunden hätte, sondern nur darin, daß ihm derselbe erschwert war. Auch traten zu dieser allgemeinen Schwierigkeit, Kredit zu finden, niemals spezielle Umstände, welche dieselbe vergrößert hätten, wie namentlich dringender Rechtstrieb, welcher die sofortige Erhebung eines Darlehens zur absoluten Nothwendigkeit gemacht hätte, wenigstens ist in keiner Weise nachgewiesen, daß auch nur ein einziges Darleihen des Weil durch irgend einen solchen besondern Umstand veranlaßt wurde. Die Nothlage war auch nicht so stark, daß sie es dem Krug verunmöglicht hätte, von Weil loszukommen; denn er sagt selbst, daß er von Zeit zu Zeit gänzlich von ihm befreit gewesen sei und es ist in Berücksichtigung des für die Verhältnisse des Krug geringen Betrages dieser Schuld (2000—3000 Fr.) auch sehr wahrscheinlich, daß es ihm, wenn er ernstlich gewollt hätte, wohl möglich gewesen wäre, dieses Darlehen vollständig zu entbehren resp. zurückzubezahlen.

3. Bei Prüfung der Frage, ob das zweite objektive Moment, das auffällige Mißverhältniß zwischen Leistung und Gegenleistung im vorliegenden Falle vorhanden sei, darf man vor Allem der unter der frühern gesetzlichen Normirung des Zinsfußes entstandenen und immer noch fortwirkenden Volksmeinung, daß jeder Zins, welcher den gewöhnlichen Zinsfuß erheblich übersteige, Wucher sei, welche Volksmeinung freilich gerade unter den Juden, zu denen der Angeklagte gehört, aus historischen Gründen weit seltener zu finden ist, als unter den Christen, ebenso wenig Einfluß auf das richterliche Urtheil gestatten als der moralisirenden Erwägung, daß 20 % Zins deßhalb niemals genommen werden sollten, weil der Gläubiger wissen müsse, daß mit einem Darlehen zu so hohem Zinsfusse, namentlich wenn der Zins mehrere Jahre hindurch bezahlt werde, dem Schuldner niemals wirklich aus der oekonomischen Verlegenheit geholfen sei, was übrigens gerade in dem hier vorliegenden Falle nicht einmal zutrifft (siehe Erwägung 7). Dem Gerichte ist auch kein Fall bekannt, daß in der zürcherischen oder deutschen Judicatur jemals das Nehmen von 20 % Zinsen bei ungedecktem Kredit und von einem sehr fragwürdigen Schuldner als eine in auffälligem Mißverhältniß zur Leistung des Gläubigers stehende Gegenleistung betrachtet und demgemäß als Wucher bestraft worden wäre. Bei unbefangener, selbständiger Beurtheilung des speziellen Falles aber muß man sich sagen, daß ein ungedecktes Darlehen in den Jahren 1884, 1885 und 1886, welcher Zeitraum hier einzig in Betracht fällt, an den von Haus aus vermögenslosen, notorisch oft in Geldverlegenheit befindlichen, in seinen geschäftlichen Unternehmungen waghalsigen und mit Bezug auf Gewissenhaftigkeit gegenüber seinen Gläubigern wenig Gewähr bietenden Krug mit einem sehr starken Risiko verbunden war und daher eine bedeutende Erhöhung des normalen Zinsfußes rechtfertigte. Es hat denn auch Weil aus seinen Geschäften mit Krug endschließlich nicht bloß keinen Nutzen, sondern sogar erheblichen Schaden. Mag man daher auch ein gewisses Mißverhältniß zwischen Leistung und Gegenleistung zugeben, so ist dasselbe doch jedenfalls kein auffälliges, d. h. sofort Jedermann in die Augen springendes.

4. Was das dritte Moment, den Causalzusammenhang anbetrifft, so wäre ein solcher selbst unter der Voraussetzung, daß man hier ein auffälliges Mißverhältniß zwischen Leistung und Gegenleistung als vorhanden ansehen wollte, ebenfalls keineswegs selbstverständlich (siehe wiederum Erwägung 7.)

5. Noch viel entschiedener als die objektiven Momente des eingeklagten Vergehens, mangeln die subjektiven und zwar selbst, wenn man die objektiven als vorhanden ansehen wollte. Der Wucher ist natürlich ein doloses Vergehen, einen fahrlässigen Wucher gibt es nicht und zwar bedarf es eines intensiven Dolus; denn der Gesetzgeber spricht von „Ausbeutung“ und nicht bloß von „Benutzung“ der Nothlage etc. und hat diesen

stärkern Ausdruck eben deßhalb gewählt, um auf die Nothwendigkeit des Vorhandenseins einer intensiven rechtswidrigen Absicht hinzuweisen. Da der Dolus eines Verbrechens aber überhaupt nichts anderes ist als das Bewußtsein des Thäters von den objektiven Voraussetzungen desselben bei Verübung der That, so müßte im vorliegenden Falle der Angeklagte das Bewußtsein und zwar, da ein starker Dolus erforderlich ist, das klare intensive Bewußtsein von allen oben bezeichneten objektiven Momenten gehabt haben.

6. Dieß ist mit Bezug auf das erste Moment jedenfalls nur bezüglich der Nothlage des Krug zu bejahen, nicht aber bezüglich des Leichtsinns; denn Krug galt, wenn auch als waghalsig, doch nicht als leichtsinnig, zumal ihm Sachkenntniß und Geschmack in vielen beruflichen Dingen sowie auch Arbeitsamkeit nicht abgehen und erst die spätere Aufdeckung seiner wahren Vermögenslage hat gezeigt, daß ihm auch der Vorwurf des Leichtsinns nicht erspart werden kann.

7. Allein ganz unzweifelhaft mangelte bei Weil das klare Bewußtsein, daß die von ihm bezogenen 20 % Zins in einem auffälligen Mißverhältniß zu seiner Gegenleistung stehen und daß Krug, als er sich zum Versprechen solcher Zinsen herbeiließ, dieß nur unter dem Druck seiner Nothlage, d. h. durch diese veranlaßt, gethan habe. Natürlich ist auch in diesen beiden Beziehungen die Anklage beweispflichtig. Der Annahme, daß Weil 20 % im vorliegenden Falle als eine zu dem übernommenen Risiko in auffälligem Mißverhältnisse stehende Gegenleistung betrachtet habe, steht schon der Umstand entgegen, daß er vom Beginn seines Verkehrs mit Krug im Jahre 1878 an bis zur Beendigung desselben dem letztern immer ungefähr den gleichen Kredit von 2000—3000 Fr. gewährte und nie den Versuch machte, diesen Verkehr zu steigern. Sodann aber sind es namentlich folgende Momente, welche ein klares Bewußtsein auf seiner Seite, daß Krug nur unter dem Druck seiner Nothlage sich 20 % Zins gefallen lasse, ausschließen.

Weil behauptet in seiner Eingabe vom 13. Juli 1888, Krug sei von Anfang an mit der Berechnung eines Zinses von 5 % per Vierteljahr nicht nur durchaus einverstanden und zufrieden gewesen und habe sich nie über zu hohen Zins beschwert, sondern habe ihm sogar gesagt, das Geld nütze ihm mehr, als der Zins ausmache, er zahle diesen gerne. Es ist das nun nicht bloß wahrscheinlich, weil Krug es nicht bestritten, sondern im Gegentheil ausdrücklich zugibt, daß er, als er die ersten 1000 Fr. holte, sich den Abzug von 50 Fr. ohne jede Reclamation gefallen ließ, sondern Weil konnte auch ganz gut daran glauben, daß der von ihm, dem Krug gewährte Kredit trotz des hohen Zinsfußes wirklich demselben effectiven Nutzen bringe. Man darf nämlich nicht außer Acht lassen, daß das von Weil dem Krug gewährte Darlehen nur einen kleinen Theil seines Betriebskapitals ausmachte und in den Jahren, welche hier in Betracht fallen, das einzige war, welches einen hohen Zinsfuß erforderte. Für Krug war aber gerade ein solcher kleinerer, zwar theurer, aber was für ihn besonders wichtig sein mußte, *ungedeckter* Kredit von sehr großem Nutzen, weil er ihm eine freiere Bewegung gestattete. Auch Weil durfte das annehmen und selbst der Umstand, daß im Beginne des Geschäftsverkehrs Krug noch einigen andern gewerbsmäßigen Darlehern Geld schuldig war, welches er mit 10 % per Vierteljahr verzinsen mußte und Weil dieß wußte, wenn er auch wahrscheinlich den Betrag jener Dahrlehen nicht kannte, spricht in dieser Beziehung nur zu seinen Gunsten; denn wenn in der Folge Krug von diesen Gläubigern befreit worden ist, so hat er dieß möglicherweise gerade dem Weil zu verdanken. Sodann mußte Weil in jenem Glauben auch dadurch bestärkt werden, daß Krug ihn bisweilen völlig bezahlte, dann aber kurz nachher wieder aufsuchte und ohne eine sehr dringende Nothlage (siehe Erwägung 2) neue Darlehen zu gleichem Zinsfusse aufnahm und daß er Krug mit Fug und Recht als einen intelligenten und thätigen Mann ansehen durfte, der, wenn auch mit knappen Geldmitteln versehen, doch vollkommen im Stande sei, sich zu einer bessern oekonomischen Existenz emporzuarbeiten.

8. Der Angeklagte ist daher freizusprechen.

Dagegen sind ihm die Kosten der Untersuchung zu überbinden, weil einerseits die Art seines Geschäftsverkehrs insofern nicht zu billigen ist, als der geschäftsmäßige Darleiher bei Darlehen gegen Wechsel den Zins nicht als Disconto vom Wechselbetrag abziehen, sondern zu demselben hinzuschlagen sollte wie dieß z. B. die Kantonalbank thut, wodurch der Vorwurf versteckten Wuchers am besten entkräftet wird, da sich der Zins jeweilen aus der Wechselsumme ersehen läßt und sodann, weil er anderseits in seinem ersten Verhöre vom 29. November 1887 den Bezug von 20 % Zinsen nur bezüglich zweier Wechsel anerkannte, bei den übrigen dagegen unwahrer Weise bestritt und auch noch am 10. Juli 1888 bezüglich des Wechsels vom 4. Januar 1886 leugnete.

Lebensversicherungsvertrag,

lautend: „zu Gunsten der Familie“ des Versicherungsnehmers als Vertrag zu Gunsten bestimmter Drittpersonen, die mit dem Tode des Versicherten ein selbständiges Recht auf die Versicherungssumme erwerben.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 22. September 1888.

Laut Police vom 12. August 1869 versicherte Conrad Landolt, Landwirth in Unterstraß sein Leben bei der Basler Versicherungsgesellschaft für die Summe von 6000 Franken. Eine bestimmte Person, zu deren Gunsten die Versicherung geschlossen worden wäre, ist in der Police selbst nicht genannt, dagegen hat Landolt im Versicherungsantrag, der sogenannten Declaration auf die Frage: „Zu wessen Gunsten wird die Versicherung abgeschlossen?“ geantwortet: „Zu Gunsten meiner Familie“ und die Police sagt, die Gesellschaft versichere den Antragsteller auf Grund der von ihm eingereichten *Declarationen* und Gesundheitsbescheinigungen etc. Der Versicherungsnehmer versetzte die Police später für ein Darlehen. Am 9. Dezember 1887 starb er mit Hinterlassung einer Wittwe und 4 Kindern. Die letztern schlugen den Nachlaß aus und es kam derselbe deßhalb in Konkurs. In diesem erhoben Frau und Kinder des Verstorbenen Anspruch auf den Betrag der Versicherungssumme, soweit derselbe die Forderung des Gläubigers, dem die Police versetzt war, übersteigt. Anderseits verlangten die Gläubiger Einwerfung der ganzen Summe in die Konkursmasse und der Konkursrichter entschied denn auch in diesem Sinne. Die Appellationskammer des Obergerichtes hob diesen Entscheid auf und schützte den Anspruch der Familienangehörigen des Versicherungsnehmers, der Frau und Kinder desselben.

Gründe:

1. Die Parteien sind darüber einig, daß vorerst bezugsberechtigt sei der Pfandgläubiger der Police mit Bezug auf die Pfandsumme und sie streiten sich lediglich mit Bezug auf den Ueberschuß.

2. Der Anspruch auf diesen Ueberschuß wird von den Rekurrenten nicht aus einem besondern, mit dem Erblasser abgeschlossenen, die Uebertragung seiner Rechte aus dem Versicherungsvertrag auf sie documentirenden Rechtsgeschäfte abgeleitet, sondern er wird direkt auf den Versicherungsvertrag selbst gestützt, d. h. die Ansprecher behaupten, es sei dieser in dem Sinne zu ihren Gunsten abgeschlossen worden, daß sie mit dem Tode des Versicherungsnehmers bezüglich desjenigen Theils der Versicherungssumme, über den der letztere bei seinen Lebzeiten nicht anderweitig verfügt habe, ein selbständiges Forderungsrecht erwerben.

3. Die Gerichtspraxis hat festgestellt, daß, soweit ein Versicherungsvertrag gewisse dritte Personen als Bezugsberechtigte bezeichne, derselbe als ein Vertrag zu Gunsten dieser Drittpersonen aufgefaßt werden müsse (siehe Rechenschaftsbericht des Obergerichtes vom Jahre 1883 No. 14 und 1884 No. 60). Natürlich hat das, wie übrigens in den citirten Präjudizien deutlich genug gesagt und auch in dem § 1757 des P. G.-B. (neu 549) niedergelegt ist, nur die Meinung, daß der Dritte erst mit dem Tode des Versicherungsnehmers ein direktes Klagerecht erwirbt, womit von selbst gesagt ist, daß sich sein Anspruch auf

denjenigen Theil der Versicherungssumme beschränkt, über den der Versicherungsnehmer bis zu seinem Tode nicht anderweitig rechtsgültig verfügt hat.

4. Hienach hängt der Entscheid der Streitfrage lediglich davon ab, ob im vorliegenden Falle gesagt werden kann, der Versicherungsvertrag sei zu Gunsten der Ansprecher und Rekurrenten als bestimmter dritter Personen abgeschlossen worden oder nicht. Die Frage ist zu bejahen und somit Rekurs und Ansprache gutzuheißen. Im Versicherungsantrag, der sogenannten Declaration ist vom Erblasser ausdrücklich erklärt worden, er schliesse die Versicherung zu Gunsten seiner Familie ab und diese Erklärung ist von der Gesellschaft dadurch acceptirt und zu einem wesentlichen Bestandtheil des Vertrages erhoben worden, daß sie in diesem selbst sagt, sie versichere den Conrad Landolt auf Grund *der von ihm eingereichten Declarationen* (siehe Wortlaut der Police). Es ist damit deutlich genug gesagt, daß nicht nur das, was in der Police selbst stehe, sondern auch der Inhalt der Declaration als Vertragsrecht gelten solle. Daß unter dem Ausdruck „Familie" die Ansprecher, d. h. Frau und Kinder des Versicherungsnehmers verstanden waren, kann keinem begründeten Zweifel unterliegen und ebenso wenig läßt sich bestreiten, daß die Bezugsberechtigung diesen Personen als solchen, d. h. ohne alle Rücksicht darauf, ob sie Erben des Versicherungsnehmers werden oder nicht, eingeräumt werden wollte, also nicht gesagt werden kann, der Erblasser habe mit dem Ausdruck „Familie" einfach seine Universalsuccessoren bezeichnen wollen. Zur Familie gehört neben dem Ehemann gewiss vor Allem aus die Frau, sie ist aber nach unserm Rechte nicht Erbin des Mannes und daraus folgt, daß wenn ihr der Erblasser neben seinen Kindern dennoch eine Bezugsberechtigung einräumen wollte, er dabei eben einfach ihre Person im Auge hatte und diese Betrachtung läßt dann auch den Schluß zu, daß ebenso die Kinder als solche und nicht als Präsumtiverben und unter der Voraussetzung, daß sie wirkliche Erbenqualität erlangen, begünstigt werden wollten. Der Erblasser beabsichtigte die Versorgung seiner hinterlassenen Angehörigen und mit diesem Zweck ist nur der Wille vereinbar, diesen Angehörigen die Berechtigung auf die Versicherungssumme unbedingt, d. h. ohne Rücksicht darauf, ob sie seine Erben werden, einzuräumen.

Zur Auslegung von Art. 129 Abs. 2 des O.-R.

Die Nachforderung von auf Abschlagszahlungen erlaufenen, rückständigen Zinsen bei Saldirung einer Schuldpost ist zuläßig und durch den Art. 129 des O.-R. nicht ausgeschlossen.

Kassationsgericht Zürich, 22. August 1888.

Im Juni 1884 kaufte der Landwirt Jakob Wespi in Küsnacht von Fenner-Hürlimann daselbst 2 Stücke Holz und wurde ihm in Folge dessen 5800 Fr. schuldig, wovon die eine Hälfte am 1. Jenner und die andere am 1. Mai 1885 hätte bezahlt werden sollen. Diese Termine wurden aber nicht innegehalten. Wespi zahlte in 9 Raten, von denen die erste am 23. Februar 1885 und die letzte am 22. Jenner 1887 geleistet wurde, 5350 Fr.; weitere 250 Fr. kamen vom Kaufpreis in Abzug und 200 Fr. blieben rückständig. Diese Restanz nebst 168 Fr. 65 Verzugszinsen klagte der Gläubiger Fenner-Hürlimann mit Weisung vom 8. März 1888 ein und siegte in zweiter Instanz ob laut Urteil vom 16. Juni.

Gegen dieses Urteil erhob Wespi die Nichtigkeitsbeschwerde, indem er beantragte. es möchten die Zinsen nur von den restirenden 200 Fr. vom 22. Januar 1887 (Datum der letzten Ratazahlung) an bis zur Zahlung gutgeheißen, die weitergehende Zinsforderung dagegen abgewiesen werden. Das Urtheil verstoße gegen Art. 129 des O.-R., welcher lautet: „Mit dem Untergange der Forderung, mag solcher durch Erfüllung oder auf andere Weise bewirkt werden, erlöschen auch die Bürgschaften, Faustpfandrechte und sonstige Nebenrechte.

Bereits erlaufene Zinse können nur dann nachgefordert werden, wenn ein derartiger Vorbehalt verabredet ist oder aus den Umständen hervorgeht."

Es frage sich, ob die Restanz von 200 Fr. die Wirkung habe, daß Kläger auch von denjenigen Kapitalzahlungen, welche er vorbehaltslos angenommen und quittirt habe, noch Verzugszinse fordern könne, oder ob in der vorbehaltslosen Abnahme der Abschlagszahlungen ein Verzicht auf die bis dahin erlaufenen Verzugszinse liege. Kläger habe solche weder vorbehalten noch damals geltend gemacht. Unter „bereits erlaufenen Zinsen" seien nun aber solche zu verstehen, welche bei Leistung einer Kapitalzahlung restiren. Von der ersten, am 23. Februar 1885 geleisteten Zahlung seien vom 1. Januar 1885 bis zum Zeitpunkt der Zahlung Zinse erlaufen, Kläger habe jedoch solche nicht gefordert und nicht vorbehalten, folglich sei die bezügliche Zinsforderung untergegangen. Gleicherweise verhalte es sich mit den Zinsen der spätern Kapitalzahlungen.

Die Nichtigkeitsbeschwerde wurde abgewiesen.

Gründe:

Bei Gutheißung der Zinsenforderung ist die zweite Instanz von der Erwägung ausgegangen, daß, so lange der Kaufpreis unbezahlt geblieben, der Kläger berechtigt gewesen sei, rückständige Zinsen nachzufordern, wenn auch bei den erfolgten Ratazahlungen ein Vorbehalt betreffend Nachforderung von Zinsen nicht gemacht worden sei. Diese Auffassung verstoßt keineswegs gegen Art. 129 des O.-R. Dieser setzt fest, daß mit dem *Untergange der Forderung* auch die accessorischen Rechte erlöschen und bereits erlaufene Zinse nur nachgefordert werden können, wenn dieses verabredet worden sei oder aus den Umständen hervorgehe. Eine Forderung ist nun aber (durch Zahlung) nicht untergegangen, so lange ein Theil aussteht. Da letzteres hier zur Zeit der Klaganstellung thatsächlich der Fall war, so durfte Kläger die auf frühern Theil Zahlungen erlaufenen Zinse trotz des Mangels eines Vorbehalts einfordern. Für die vom Beschwerdesteller vertretene gegentheilige Ansicht gibt weder der Wortlaut noch der Sinn des Art. 129 einen Anhaltspunkt. Diese Gesetzesstelle stimmt, soweit sie von der Nachforderung rückständiger Zinsen handelt im Wesentlichen überein mit dem letzten Satze des § 1048 des frühern privatrechtlichen Gesetzbuches und nach der Gerichtspraxis, welche sich unter diesem Gesetze gebildet hat, ist es als zulässig erklärt worden, Verzugszinsen, welche auf Abschlagszahlungen erlaufen waren, bei der Saldirung einer Schuldpost in Abrechnung zu bringen (Ulmer Commentar No. 1686). Für den Vorderrichter lag kein zwingender Grund vor, diese Praxis unter der Herrschaft des Obligationenrechts zu ändern.

Erbrechtliches.

Die Mittellosigkeit des Nachlasses als Grundlage der Rechtsvermuthung, daß derselbe ausgeschlagen werden wolle (§ 935 des neuen privatrechtlichen Gesetzbuches).

(Auszug aus einem Beschluß der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes vom 25. August 1888.)

Am 1. Mai 1888 verstarb in Niederweningen die Anna Barbara Kleisly geb. Wirth mit Hinterlassung von 8 Kindern als gesetzlichen Erben. Von diesen 8 Kindern haben 4 den Nachlaß ihrer Mutter ausgeschlagen und ihre dießbezügliche Erklärung binnen 30 Tagen vom Todestage an dem Bezirksgericht Dielsdorf abgegeben, die andern 4 Kinder dagegen, von denen eines unter Vormundschaft steht, reichten eine Erklärung nicht ein. Mit Beschluß vom 12. Juni nahm das Bezirksgericht von den eingegangenen Ausschlagserklärungen Vormerk, stellte fest, daß von Seite der weitern 4 Erben keine solchen abgegeben worden seien und ordnete demgemäß die öffentliche Bekanntmachung der Erbausschlagung durch 4 Erben und der Antretung der Erbschaft durch die andern 4 Erben an. Darüber beschwerten sich nun aber die letztern und verlangten die Aufhebung des angefochtenen

Beschlusses und der Publikation, eventuell Wiederherstellung gegen den Ablauf der Deliberationsfrist. Zur Begründung dieses Antrages führten sie an, daß die Verstorbene keinerlei Habe hinterlassen habe und legten dafür amtliche Bescheinigungen ins Recht. Ihre Erbsausschlagung sei demnach als sich von selbst verstehend anzunehmen (§ 935 des P. G.-B.).

Die Appellationskammer des Obergerichtes erklärte den Rekurs für begründet und wies das Bezirksgericht Dielsdorf an, denjenigen Theil der öffentlichen Bekanntmachung, durch welchen die stillschweigende Erbantretung zur Kenntniss gebracht wurde, in dem Sinne zu widerrufen, dass die Rekurrenten erklären, wegen Mittellosigkeit des Nachlasses denselben nicht angetreten zu haben, wesshalb den Gläubigern lediglich überlassen bleibe, ihre Rechte aus § 935 des P. G.-B. oder aus andern Gesichtspunkten zu wahren.

Gründe:

Aus den Vorlagen ergibt sich, dass die Rekurrenten den stillschweigenden Antritt der Erbschaft nicht beabsichtigten, sondern vielmehr die Ausschlagung als selbstverständlich betrachteten. Eine wirkliche Erklärung der Ausschlagung wird indess auch heute noch nicht abgegeben und es kann auch die ganze Ausführung der Rekurrenten schon wegen mangelnder Genehmigung durch den Bezirksrath (§ 784 lit. m) nicht einfach als solche ausgelegt werden. Somit ist einfach die Veröffentlichung des stillschweigenden Antritts der Erbschaft zu widerrufen und den Gläubigern der Verlassenschaft anheimzustellen, nach § 935 des P. G.-B. eine Erklärung zu verlangen oder sonstwie vorzugehen.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. November 1888. VII. Band. № 20.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Entscheidungen des Handelsgerichtes Zürich.

I.

Forderung eines mit fixem Salair und Provision angestellten Geschäftsreisenden aus dem Provisionsversprechen (Urtheil vom 7. September 1888 i. S. Figi ca. Rau.)

Mit Dienstvertrag vom 9. September 1886 stellten die damaligen Inhaber der ersten Zürcher Kaffeerösterei, Frau Adele Rau geb. Hunziker und E. Ris in der Person des Georg Figi, wohnhaft gewesen in Fluntern einen Reisenden an, „mit 150 Fr. fixem Gehalt per Monat *nebst 5 % Provision für effectuirte Geschäfte.*" Figi blieb in dieser Stellung bis Ende September 1887 und verkaufte während dieser Zeit:

a. an rohem Kaffee, Cacao und Thee für	15025 Fr. 55
b. an gebranntem Kaffee für	7177 „ 55
im Ganzen also für	22203 Fr. 10

was à 5 % ein Provisionsguthaben von 1110 Fr. 15 ergibt. Diese Summe klagte der Vater des Figi im Juni d. J. gestützt auf eine angebliche Abtretung seines Sohnes gegenüber der Frau Adele Rau, welche das früher unter der Firma A. Rau und E. Ris, betriebene Geschäft Mitte November 1887 in Aktiven und Passiven übernommen hatte, beim Handelsgericht ein. Die erwähnte Abtretung des Sohnes an den Vater Figi trägt die Ueberschrift: „Schuldverpflichtung und Abtretung" und lautet: „Der Unterzeichnete (Georg Figi, Sohn) bescheint und bezeugt, daß er seinem Vater Heinrich Figi in Haslen in Folge erhaltenen etlichen Darlehen und Vorschüssen die Summe von 1200 Fr. schuldig geworden sei und verweise denselben hiemit auf mein Guthaben bei A. Rau und E. Ris in Zürich in beiläufig gleichförmigem Betrage unter Vorbehalt späterer endgültiger Abrechnung."

Während der gütlichen Verhandlungen, die der Klageeinleitung vorangingen, schrieb die Beklagte an den klägerischen Vertreter mit Brief vom 21. April: „In Erwiderung Ihres Geehrten vom 18. ds. theile ich Ihnen mit, daß ich von dem Gesagten nicht zurücktrete, indem ich in meinem Rechte bin. Die proponirten 358 Fr. 87 bin ich bereit, Ihnen per 31. Mai per acceptirten Wechsel zu bezahlen, aber mehr nicht. Sollten Sie damit nicht einverstanden sein, so mögen Sie thun, was Sie für gut finden." Die proponirten 358 Fr. 87 entsprechen genau der Provision von 5 % auf 7177 Fr. 55, gleich der Summe, für welche Figi, Sohn während seiner ganzen

Anstellungszeit Verkäufe in gebranntem Kaffee vermittelte. Die Offerte wurde nicht angenommen.

Im Prozeße selbst anerkannte die Beklagte bloß 83 Fr. 20 als 5 % Provision auf den von Georg Figi vom 9. September 1886 (Beginn des Anstellungsverhältnißes) bis Ende 1886 effectuirten Geschäften in gebranntem Kaffee im Gesammtbetrage von 1663 Fr. 80 Rp. Die Bestreitung der Mehrforderung wurde begründet wie folgt:

Die in Ziff. 1 des Anstellungsvertrages dem Georg Figi zugesicherte Provision von 5 % sei lediglich verstanden gewesen für Geschäfte, welche der Reisende über *gerösteten* Kaffee vermittle, und habe sich nicht bezogen auf Verkäufe von Thee, Cacao und *un*gebrannten (*rohen* Kaffee). Hiefür werde Beweis durch Georg Figi selbst und den früheren Associé der Beklagten E. Ris als Zeugen anerboten und im Fernern auf Expertise dafür abgestellt, daß nach den Usancen im Handel mit Colonialwaaren für Verkäufe von rohem Kaffee, Thee und Cacao höchstens ½—1 % Provision gewährt werde. Die Provisionsforderung auf den Verkäufen von rohem Kaffee, Thee und Cacao sei somit unbegründet.

2. Die einzig vorliegende, vertragliche Provisionszusicherung auf Verkäufen von *gebranntem* Kaffee habe mit Neujahr 1886/87 ihr Ende erreicht, denn damals habe die Beklagte, veranlaßt durch das ungewöhnliche Steigen der Kaffeepreise, dem Georg Figi erklärt, es sei ihr für die Zukunft nicht mehr möglich, ihm irgend welche Provision zu bezahlen und diese Erklärung habe Figi stillschweigend angenommen, was durch ihn selbst, durch E. Ris und die frühern Angestellten Meyer und Ochsner als Zeugen bewiesen werden könne.

Diese ganze Darstellung wurde vom Kläger bestritten. *Das Gericht hiess die Klage in vollem Umfange gut.*

Gründe:

1. Der Kläger tritt als Cessionar seines Sohnes auf und zwar handelt es sich, da der Betrag des Guthabens in der Abtretungsurkunde nicht bezeichnet ist und auch nicht gesagt wird, zu welchem Betrage die abgetretene Forderung angerechnet werden soll, um eine Abtretung „zahlungshalber" (Art. 193.) Wenn auch im Text der Urkunde das Wort: „abtreten" nicht gebraucht ist, so läßt doch der Titel: „Schuldverpflichtung und Abtretung" keinen Zweifel darüber aufkommen, daß das Forderungsrecht des Sohnes auf den Vater übertragen werden soll. Die Aktivlegitimation des Klägers ist somit hergestellt.

2. Die Beklagte will die vertraglich zugesicherte Provision von 5 % nur zugestehen auf den *bis Ende 1886* durch Georg Figi vermittelten Verkäufen von *gebranntem Kaffee*. Sie hat zum Beweis verstellt einmal, daß die Provision nur für letztern Artikel versprochen und sodann, daß dieses zunächst auf die ganze Anstellungszeit berechnet gewesene Versprechen mit Neujahr 1886/87 bezüglich der Folgezeit aufgehoben worden sei. Diese Beweisanerbieten sind aber, als theils unerheblich und theils unzureichend nicht zu berücksichtigen.

3. Die Ziff. 1 des Dienstvertrages besagt, daß der Reisende Figi außer dem fixen Salair Anspruch habe „auf 5 % Provision für effektuirte Geschäfte". Nun herrscht ja darüber kein Streit, daß sich derselbe von Anfang an mit sämmtlichen Artikeln, in welchen die Beklagte Handel treibt, zu befassen hatte, als da sind: „roher und gebrannter Kaffee, Thee und Cacao"; eine Einschränkung des Provisionsanspruches auf einzelne Artikel ist im Vertrage nicht enthalten, woraus sich ohne Weiteres ergibt, daß der Wille der Contrahenten dahin gegangen ist, es werde dem Figi die Provision auf *allen* durch ihn vermittelten Geschäften vergütet. Gegenüber diesem klaren Wortlaut des Vertrages ist die Beklagte mit dem Beweisanerbieten für eine gegentheilige Abrede nicht zu hören.

4. Steht hienach fest, daß die Provision für sämmtliche Abschlüsse des Klägers verstanden war, so frägt es sich nur noch, ob diese Vereinbarung später wieder aufgehoben worden sei. Was aber in dieser Richtung von der Beklagten angeführt und zum Beweise verstellt worden ist, genügt nicht, um den Untergang des Provisionsanspruches darzuthun. Die Beklagte beruft sich auf Zeugen

nicht etwa dafür, daß Ende 1886 mit Figi ein Uebereinkommen in dem Sinne zu Stande gekommen sei, es müsse die Provision von jetzt an nicht mehr bezahlt werden, sondern sie leitet das Einverständniß des Klägers mit dem Wegfall der Provision nur daraus her, daß er auf ihre Erklärung, es sei ihr in Zukunft nicht mehr möglich, ihm irgend welche Provision zu bezahlen, stillgeschwiegen und dieselbe auch nie reklamirt habe. Unterstellt aber auch, daß dieß bewiesen werden könne, so ist aus dem Stillschweigen auf eine so formlose Eröffnung doch nicht zu schließen, daß der Angestellte auf die nicht unwesentliche Verbesserung seines Gehaltes nun ohne Weiteres habe verzichten wollen. Er kann gefunden haben, so lange an dem schriftlichen Vertrage nichts geändert werde, sei für ihn keine Veranlaßung vorhanden, sich über jene beiläufige Bemerkung des Principals weiter auszulassen, er könne sich schon wehren, falls der letztere je einmal wieder auf die Sache zurückkommen oder bei der Abrechnung Schwierigkeiten machen sollte. Daß Figi während der Dauer der Anstellung nicht auf eine solche Abrechnung drang, bildet aus dem Grunde kein Indizium für einen Verzicht auf die Provision für die Zeit vom 1. Januar 1887 an, weil er ja auch die ihm zweifellos zukommende Provision von den bis Ende 1886 abgeschlossenen Geschäften stehen ließ. Ein rechtsgenügender Beweis für eine Abänderung des Anstellungsvertrages im Sinne einer Streichung der Provision ist also nicht anerboten. In diesem Zusammenhange mag auch noch ein eher gegen die Darstellung der Beklagten sprechendes Moment erwähnt werden. Es ist nicht ganz ohne Bedeutung, daß Frau Rau dem Vertreter des Klägers auf gütlichem Wege den Betrag von 358 Fr. 87 offerirt hat, — insofern nämlich, als diese Summe genau entspricht der Provision von 5 % auf den während der *ganzen* Anstellungszeit durch Georg Figi vermittelten Verkäufen in gebranntem Kaffee.

5. Auf Grund dieser Ausführungen ist die Provisionsforderung im ganzen Umfange, d. h. im Betrage von 1110 Fr. 15 gutzuheißen.

II.

Lohnforderung eines Braumeisters an den Brauereibesitzer aus Dienstvertrag. Bestreitung der handelsgerichtlichen Competenz. Compensationseinrede mit einer Kostgeldforderung des Beklagten. Streit über die Frage, ob die Verabreichung von Kost Seitens des Beklagten an den Kläger eine Verpflichtung aus dem Anstellungsvertrag gebildet habe oder nicht.

(Urtheil vom 7. September 1888 i. S. Hämmerle ca. Geser.

Ein Bierbrauereibesitzer hatte einen Braumeister angestellt mit einem Jahresgehalt von 2500 Fr. Der Antritt der Stelle erfolgte am 17. September 1887 und der Austritt in Folge plötzlicher Entlassung am 15. Juli 1888. Sofort nach der Entlassung belangte der Braumeister den Dienstherrn vor Handelsgericht auf Bezahlung seines Salairs vom Beginn der Anstellung an bis zu dem Termin, auf welchen der Beklagte den Dienstvertrag gemäß Gesetz (Art. 343 des O.-R.) frühestens hätte kündigen dürfen, d. h. bis zum 30. September 1888. Der Beklagte anerkannte die Schuldpflicht im Prinzip und es einigten sich die Parteien auch darüber, daß der Salairanspruch . . . . Fr. 2589. 40
betrage, wovon sich 2 Vorschüsse
von zusammen . . . . . „ 450. —
abziehen, so daß verbleiben würde
ein Guthaben von . . . . Fr. 2139. 40
Daran bezahlte der Beklagte nach
Anhängigmachung des Prozesses weitere . . . . „ 1523. 05
bestritt dagegen den Rest von Fr. 616. 35 mit der Behauptung, daß ihm eine gleich große Gegenforderung an den Kläger zustehe. An diese Gegenforderung anerkannte der letztere Fr. 16. 35 als Betrag dreier vom Beklagten für ihn verausgabter Posten. Dagegen blieben nun die weitern 600 Fr. bestritten. Der Beklagte machte diesen Betrag als Kostgeldforderung für die Zeit vom 19. September 1887 bis 15. Juli 1888 geltend (300 Tage à 2 Fr. = 600 Fr.).

Der Kläger anerkannte, daß ihm die Kost vom Dienstherrn während der genannten Zeit

verabreicht worden sei, bestritt aber zunächst, daß diese Thatsache unter obwaltenden Umständen genüge, um einen Forderungsanspruch zu begründen und machte hauptsächlich geltend, daß ihm neben dem fixen Jahresgehalt von 2500 Fr. freie Wohnung zugesichert gewesen sei, daß er dann aber diese Wohnung Mangels der erforderlichen Räumlichkeiten nicht habe beziehen können und statt dessen eben die Kost bezogen habe, woraus von selbst folge, daß für die letztere nichts verlangt werden könne. Eventuell wurde das Quantitativ der Forderung angefochten.

Zu bemerken ist noch, daß der Beklagte die Competenz des Handelsgerichtes bestritt.

Das Gericht erklärte sich als zuständig und entschied in der Sache selbst dahin, dass die Kostgeldsforderung des Beklagten im Betrage von 300 Fr. (statt 600 Fr.) begründet sei und letzterer somit dem Kläger als rückständiges Gehaltsguthaben noch 300 Fr. (600 Fr. abzüglich 300 Fr. Kostgeld) zu bezahlen habe.

Gründe:

1. Was zunächst die Kompetenzfrage betrifft, so steht fest, daß der Beklagte im Ragionenbuch eingetragen ist und der Streitwerth die Summe von 500 Fr. übersteigt und es ist somit zur Begründung der handelsgerichtlichen Competenz bloß noch erforderlich, daß sich der Streit auf das vom Beklagten betriebene Gewerbe oder auf Handelsverhältnisse überhaupt beziehe (§ 95 des Rechtspflegegesetzes), auch dieses Requisit aber liegt vor und muß somit die Incompetenzeinrede verworfen werden. Unter einem Streite, welcher sich auf das vom Beklagten betriebene Gewerbe oder auf Handelsverhältnisse überhaupt bezieht, ist ein Prozeß zu verstehen, bei welchem die Klage auf ein Handelsgeschäft oder Handelsverhältniß sich gründet, sei es, daß dasselbe zu dem gewerblich betriebenen Geschäftszweige oder auch zu anderweitigem Verkehre des (in das Ragionenbuch eingetragenen) Beklagten gehöre. Dieser Fall aber liegt hier in der That insofern vor, als sich die Klage auf ein zum Gewerbe des Beklagten gehörendes Handelsgeschäft gründet. Denn sie gründet sich auf das zwischen den Parteien bestandene Anstellungsverhältniß, dieses Anstellungsverhältniß ruht auf dem Anstellungsvertrag und dieser stellt sich als ein Hülfsgeschäft zum beklagtischen Gewerbe dar und ist um dieses Umstandes willen in Beziehung auf den Beklagten ein Handelsgeschäft, ein Satz, der sowohl durch das Urtheil des Kassationsgerichtes in Sachen Schuler als durch dasjenige in Sachen Binswanger ca. Honegger (siehe Handelsrechtliche Entscheidungen Bd. VI, S. 81 u. f. und S. 305 u. f.) festgestellt worden ist. Daran ändert der Umstand gar nichts, daß ein Braumeister mehr für den technischen Betrieb des Geschäftes engagirt wird, als daß er auf dem Comptoir kaufmännische Dienste leistet, denn gerade die Thätigkeit des Braumeisters gehört ja so recht eigentlich zum Betrieb des Brauereigewerbes. Auch der Umstand ist gleichgültig, daß der Klaganspruch an sich unbestritten und nur die zur Compensation verstellte Kostgeldsforderung streitig ist, denn einmal kommt es bei Beurtheilung der Competenzfrage nur auf die Natur des dem Klaganspruch zu Grunde gelegten Rechtsverhältnisses und nicht auf die Einreden an und sodann ist hier der Streit, ob Kläger Kostgeld bezahlen müsse oder nicht, ebenfalls ein Streit aus dem Anstellungsverhältniß, indem der letztere behauptet, daß die Verabreichung der Kost einfach eine Gegenleistung für seine Dienste, also eine Leistung des Dienstherrn aus dem Anstellungsvertrag gewesen sei. Die Fragen, ob der Braumeister regelmäßig, — was ja gedenkbar wäre, von der Brauerei verköstigt werde und ob sich ferner, was auch heute geltend gemacht worden ist, die Verabreichung der Kost als ein Aequivalent für die durch den Geschäftsbetrieb bedingte, zuweilen vermehrte Inanspruchnahme des Angestellten bezeichnet werden könne, betreffen so recht eigentlich einen Streit über den Inhalt des Anstellungsverhältnisses zwischen dem Brauereibesitzer und dem Braumeister.

2. Zur Sache selbst übergehend, so reicht die unbestrittene Thatsache, daß der Beklagte dem Kläger während der ganzen Anstellungszeit die Kost verabreicht hat, hin, um die Forderung des Beklagten auf Entrichtung

eines angemessenen Kostgeldes an und für sich als begründet erscheinen zu lassen. Eine Vermuthung dafür, daß dem Braumeister außer dem fixen Gehalt noch freie Kost zukomme, besteht nicht, da man es nicht mit einem Dienstbotenverhältniß, sondern mit einem kaufmännischen Anstellungsverhältniß zu thun hat, und der Kläger sich auch nicht auf eine allgemeine Uebung oder einen Ortsgebrauch berufen kann des Inhaltes, daß der Braumeister für die ihm in der Brauerei verabreichte Kost nichts zu bezahlen habe.

3. Der erste und hauptsächlichste Standpunkt, welchen der Kläger zur Abwehr der Gegenforderung einnimmt, ist vielmehr der, es sei ihm durch den Anstellungsvertrag freie Wohnung zugesichert worden, dann sei aber diese Leistung nicht zur Erfüllung gekommen, weil dem Beklagten im Verlaufe die erforderlichen Räumlichkeiten nicht mehr zu Gebote gestanden haben, in Folge dessen habe er sich damit zufrieden gegeben, daß er unentgeltlich verköstigt werde. Diese Darstellung wird jedoch vom Beklagten in Widerspruch gesetzt; derselbe behauptet, der Kläger habe nach Uebersiedlung seiner Familie nach Winterthur einfach deshalb weiter in der Brauerei gegessen, weil ihm dies besser convenirt habe. Ein Beweisanerbieten für eine ausdrückliche Vereinbarung mit dem Beklagten dahin gehend, es solle der Kläger gegen Verzicht auf die freie Wohnung die Kost fortan unentgeltlich beziehen, ist nicht gemacht worden. Zum Beweise verstellt ist lediglich, daß dem Kläger bei der Anstellung in der That außer dem fixen Jahresgehalt von Fr. 2500 die unentgeltliche Einräumung einer Wohnung für sich und seine Familie versprochen worden sei. Allein unterstellt auch, daß dies richtig sei, so ist hieraus in Verbindung mit dem weitern zum Beweise verstellten Umstande, daß der Kläger, als dessen Familie bereits in Winterthur wohnte, nach wie vor zum Essen gerufen wurde, nicht ohne Weiteres auf ein Uebereinkommen in dem angedeuteten Sinne zu schliessen, daß nämlich die Verabreichung der Kost an den Kläger den Ersatz für die Wohnung bilden solle. Möglicherweise hat er auf letztere freiwillig verzichtet, sagt doch sein Vertreter selbst, daß er in diesem wie in andern Punkten seinem Prinzipalen gegenüber allzu nachgiebig gewesen sei.

4. Auch die übrigen Indizien, welche für die Unentgeltlichkeit der dem Braumeister verabfolgten Kost angeführt worden sind, können nicht als schlüssig bezeichnet werden.

Einmal mag ja richtig sein, daß es nicht gut angeht, daß der Braumeister regelmäßig über die Essenszeit sich nach Hause entfernt, und daß er seiner Stelle besser genügen kann, wenn er sich den ganzen Tag über in der Brauerei aufhält. Allein dies ist für die Frage der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Kost deshalb ohne Bedeutung, weil die Contrahenten den Umstand, daß der Kläger gezwungen sei, seine Mahlzeiten in der Brauerei zu nehmen und zu bezahlen, möglicherweise schon bei der Festsetzung des Gehaltes berücksichtigt haben. Anhaltspunkte dafür, daß Letzteres ohnehin gering bemessen sei, sind dem Richter nicht gegeben worden; es käme diesfalls namentlich auch in Betracht, daß der Kläger erst kurz vorher das Braumeister-Examen abgelegt hatte und im Anfang naturgemäß bescheidenere Salairansprüche gemacht haben wird. Uebrigens soll nicht verschwiegen bleiben, daß es einem Mitgliede des Gerichtes persönlich bekannt ist, daß in hiesiger Gegend die Braumeister ihr Essen allerdings in der Brauerei einzunehmen pflegen, daß ihnen aber die Kost am Gehalt angerechnet wird.

Unerheblich ist auch, daß über das Kostgeld niemals eine Abrechnung stattfand, und daß die Bücher des Beklagten hierüber nichts enthalten, denn auch die Auszahlung des Salairs erfolgte nicht regelmäßig, sondern es ließ sich der Kläger lediglich gewisse Vorschüsse geben. Zudem hat der Vertreter des Beklagten geltend gemacht, daß über den Unterhalt der Angestellten keine besondere Rechnung geführt werde und daß die Haushaltungskosten in den Geschäftsbüchern der Brauerei überhaupt nicht figuriren.

Wenn der Kläger endlich sagt, die 11stündige Arbeitszeit des Fabrikgesetzes sei beim Beklagten regelmäßig überschritten worden und er sei für diese Mehrarbeit durch Verabreichung der Kost entschädigt worden, so

ist ihm entgegenzuhalten, daß dieser Standpunkt im Widerspruch steht mit seiner Darstellung, wonach die Verköstigung an Stelle der versprochenen Wohnung getreten ist. Allein abgesehen hievon fehlt es auch hier an einer positiven und zum Beweise verstellten Behauptung, daß der Beklagte dem Kläger ausdrücklich die Zusicherung gegeben habe, er solle für seine Mehrleistungen durch unentgeltliche Kost bezahlt werden.

5. Der dem Kläger obliegende Beweis für eine Vereinbarung des Inhaltes, daß er außer dem fixen Gehalt noch freie Kost habe, ist also überall nicht erbracht und somit die Gegenforderung des Beklagten im Prinzipe gutzuheißen. Dagegen darf dem Antrag des klägerischen Vertreters auf Reduktion des geforderten Ansatzes unbedenklich Folge gegeben werden, wenn in Betracht gezogen wird:

Es lag im wohlverstandenen Interesse des Beklagten, wenn er den Kläger an seinem Tische essen ließ, so daß dieser sich über die Essenszeit nicht nach Hause begeben mußte und auf diese Weise seine Zeit voll und ganz dem Geschäfte widmen konnte. Es ist ferner bekannt, daß dem Brauerpersonal gewisse Quantitäten Bier, Käse und Brod für die Nebenmahlzeiten (Z'nüni und Z'abig) unentgeltlich verabfolgt werden, so daß der übrige Unterhalt eines einzelnen Angestellten, selbst wenn man davon ausgeht, es handle sich um gute bürgerliche Kost, nicht mehr so hoch zu stehen kommt. Von einer Expertise zur Ausmittlung des richtigen Ansatzes darf füglich Umgang genommen werden; das richterliche Ermessen, auf welches der Beklagte in erster Linie abstellen ließ, reicht vollständig aus. Mit einer Entschädigung von 1 Fr. per Tag ist derselbe für die dem Kläger verabreichte Kost unter Berücksichtigung der schon erwähnten, ihm hieraus erwachsenden Vortheile ausreichend bezahlt. Es macht das für die Zeit von 300 Tagen einen Betrag von 300 Fr. aus, welcher von der an sich unbestrittenen Restforderung des Klägers von 600 Fr. in Abzug zu bringen ist, so daß derselbe noch 300 Fr. zu gut hat.

III.
Ein Competenzstreit.

Auch die Eintragung ins Handelsregister, bloß um Wechselexecutionsfähigkeit zu erhalten, genügt zur Competenzbegründung, wenn sich der Streit auf Handelsverhältnisse im objektiven Sinn bezieht.

(Entscheidung vom 21. September 1888.)

Ein Commissionshaus in Havre reichte beim Handelsgericht Zürich gegen einen Wirth in Zürich Klage ein auf Bezahlung von 13,042 Fr. 30 Rp. sammt Zins als Saldo einer Abrechnung über verschiedene Ein- und Verkäufe von Kaffee, welche dasselbe im Auftrag und auf Rechnung des Beklagten besorgt hatte.

Der Beklagte bestritt die Zuständigkeit des Handelsgerichtes, weil er sich zwar am 26. Juni 1883 ins Handelsregister habe eintragen lassen, jedoch lediglich zu dem Zweck, Wechselexecutionsfähigkeit zu erhalten.

Das Gericht verwarf die Incompetenzeinrede und erklärte sich als zuständig.

Gründe:

1. Nach § 95 des Rechtspflegegesetzes ist die Zuständigkeit des Handelsgerichtes wesentlich durch das Vorhandensein dreier Voraussetzungen bedingt.

a. Daß der Beklagte im Handelsregister, (Ragionenbuch) eingetragen sei,

b. daß der Streit sich auf das von dem Beklagten betriebene Gewerbe *oder auf Handelsverhältnisse überhaupt* beziehe,

c. daß der Streitwerth die Summe von 500 Fr. übersteigt.

2. Die letzte dieser Voraussetzungen ist nun zweifellos hier vorhanden.

3. Dasselbe ist aber auch bezüglich der beiden ersten der Fall.

4. Wenn nämlich auch nichts dafür vorliegt, daß der Beklagte außer den in Frage stehenden Ein- und Verkäufen noch andere ähnliche Geschäfte gemacht habe und daß er also neben der Wirtschaft noch den Gewerb eines Kaufmanns betreibe, man also davon ausgehen darf, es seien jene Geschäfte

vereinzelt geblieben, so sind es doch Handelsgeschäfte gewesen; wer so bedeutende Partien Waaren, wie die hier in Frage stehenden kauft und verkauft, treibt eben damit Handel und man kann also in der That sagen, der vorliegende Streit beziehe sich, wenn auch nicht auf das vom Beklagten betriebene Gewerbe, so doch auf Handelsverhältnisse überhaupt.

5. Der Beklagte ist ferner zugegebenermaßen im Handelsregister eingetragen und darauf, ob die Eintragung zur Erfüllung einer durch das Gesetz begründeten Verpflichtung erfolgt sei, oder aus freien Stücken, damit der Beklagte Wechselexekutionsfähigkeit erhalte, kommt nichts an; sobald jemand im Handelsregister eingetragen ist, liegt es nicht mehr in seiner Wahl, ob eine Klage gegen ihn aus Handelsgeschäften, welche er vorgenommen hat, von den ordentlichen Civilgerichten oder dem Handelsgericht ausgetragen werden soll, vielmehr greift die Vorschrift des § 96 des Rechtspflegegesetzes Platz, wonach, sofern der Kläger, wie im vorliegenden Fall, außerhalb des Kantons wohnt, die Klage stets beim Handelsgericht anzubringen ist.

Anmerkung: Der Streit selber wurde nachträglich durch *aussergerichtliche* Verständigung erledigt.

Haftpflicht aus Eisenbahnbetrieb.

Bemessung der Entschädigung. Bei der Verdienstberechnung kommen auch die Stundengelder, jedoch nur theilweise in Betracht. Für die Höhe dieses Nebenverdienstes an sich ist die effektive Einnahme und nicht diejenige Summe maßgebend, welche der Berechnung der Einlagen in die Pensions- und Hülfskasse zu Grunde gelegt wird. Die Einlagen in die Pensions- und Hülfskasse dürfen vom Verdienste nicht abgerechnet werden.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 11. September 1888, in Sachen Eduard Glogg ca. Nordostbahn.

Der im Dezember 1843 geborne Kläger trat im Juli 1869 als Bremser in den Dienst der Nordostbahn, wurde 1870 Conducteur und 1874 Zugführer. In der letztern Stellung bezog derselbe einen fixen jährlichen Gehalt von 1620 Fr. und verdiente daneben nach seiner Behauptung an Stundengeldern monatlich 70—75 Fr. oder 840—900 Fr. jährlich. Die Beklagte bestritt nicht, daß ein Nebenverdienst an Stundengeldern gemacht worden sei, anerkannte aber das behauptete Quantitativ nicht und machte im Uebrigen die Ansicht geltend, daß nur derjenige Betrag in Betracht fallen dürfe, welcher der Berechnung der Einlagen in die Pensions- und Hülfskasse zu Grunde gelegt werde und der auf 600 Fr. jährlich festgesetzt sei. Es müsse zwar zugegeben werden, daß der Nebenverdienst einen höhern Betrag erreichen könne, allein derselbe bewege sich eben ständig innerhalb gewisser Grenzen und deshalb müsse eine Zahl gefunden werden, welche die annähernd sichere Einnahme representire, diese Zahl aber sei gegeben in der Summe, welche der Berechnung der Einlagen in die Pensions- und Hülfskasse zu Grunde gelegt werde.

Am 28. Juni 1887 verunglückte Glogg auf der Station Rheinfelden. Das Zugspersonal mußte einen mit leeren Bierfässern beladenen Wagen umladen. Glogg nahm ein solches Bierfass im Gewichte von ca. 130 Pfund auf den Rücken, strauchelte aber, als er damit der Ausladestelle zueilen wollte, an einer Schiene und fiel zu Boden. Dabei kam seine rechte Hand auf eine andere Schiene zu liegen, das Faß fiel auf dieselbe und zerschmetterte ihm den kleinen Finger und den Ringfinger derart, daß beide nebst je einem Theil des entsprechenden Mittelhandknochens operativ entfernt werden mußten. Glogg war bis zum 19. August 1887 im Bürgerspital Basel. Die Wunde heilte vollständig, aber mit über den ganzen Handrücken sich hinziehenden Hautnarben. Die Beweglichkeit der drei übrigen Finger, die anfänglich auch gelitten hatte, wurde wieder vollständig hergestellt. Dr. Fetzer in Rheinfelden sagt in einem vom 29. September 1887 datirten Zeugniß: „Die Grifffähigkeit der Hand bleibt zwar erhalten, dagegen hat sie bedeutend an Kraft und Sicherheit verloren. Bei schwe-

rer Arbeit würde die ausgedehnte Nervenbildung hinderlich; auch bei leichterer Arbeit z. B. beim Schreiben wird der Defect hinderlich sein, weil der beim Schreiben als Stütze und Schlitten dienende fünfte Finger fehlt.

Auf den 1. Oktober 1887 wurde Glogg entlassen und es ist ihm bis dahin der volle Lohn ausbezahlt worden. Nun kam die Frage der Entschädigung aus dem Haftpflichtgesetz. Glogg verlangte 15000 Fr., die Nordostbahn erklärte ihm aber, daß sie zwar die Haftpflicht grundsätzlich anerkenne, die gestellte Forderung aber als eine weit übertriebene zurückweise. Es kam zum Prozeß. Glogg blieb bei seiner Forderung von 15000 Fr. als Schaden aus verminderter Erwerbsfähigkeit und verlangte überdem Ersatz von 106 Fr. entstandener Heilungskosten. Der letztere Betrag wurde sofort anerkannt, im Uebrigen aber geltend gemacht, daß der Vermögensnachtheil, den Kläger der unzweifelhaft eingetretenen Verminderung seiner Erwerbsfähigkeit wegen erlitten habe, mit 4000 Fr. voll und ganz in Anschlag gebracht sei. Bei der Verdienstberechnung kam die Beklagte bloß auf eine Summe von 2132 Fr. jährlich, nämlich:

1. Fester Gehalt per Jahr	1620 Fr.
2. Einnahme an Stundengeldern	600 „
	2220 Fr.
Davon ab an Einlagen in die Hülfs- und Pensionskasse per Jahr	88 Fr.
bleiben	2132 Fr.

Der Kläger bestritt, daß seine Einlagen in die Hülfs- und Pensionskasse vom Verdienst abgerechnet werden dürfen, das Bezirksgericht trat aber sowohl in dieser Richtung als mit Bezug auf die Festsetzung der Einnahme an Stundengeldern der beklagtischen Auffassung bei und nahm demgemäß einen Jahresverdienst von 2132 Fr. an. Die Quote, um welche die Erwerbsfähigkeit des Klägers vermindert worden, setzte es auf einen Viertheil an und gelangte so zu einem jährlichen Verdienstausfall von 533 Fr., dem es ein Rentenkapital von 7995 Fr. oder rund 8000 Fr. gleichstellte. Die Klage wurde demnach im Betrage von 8000 Fr. plus 106 Fr. Heilungskosten gutgeheißen.

Der Kläger ergriff gegen dieses Urtheil die Appellation und die Beklagte schloß sich derselben vor 2ter Instanz an. Beide Partheien hielten an ihren ursprünglichen Anträgen fest.

Das erstinstanzliche Urtheil wurde bestätigt.

Gründe:

1. Die Parteien sind darüber einig, daß ein Eisenbahnhaftpflichtfall vorliegt und die Beklagte grundsätzlich verpflichtet ist, dem Kläger den entstandenen Schaden nach Maßgabe des Haftpflichtgesetzes vom 1. Juli 1875 zu ersetzen. Der Anspruch auf Ersatz der Heilungskosten im Betrage von 106 Frkn. war schon erstinstanzlich anerkannt. Die Parteien stritten sich von Anfang an nur über die Höhe des Vermögensnachtheils, den der Kläger in Folge der unzweifelhaft eingetretenen dauernden Verminderung seiner Erwerbsfähigkeit erlitten hat. Da die Beklagte sich der Appellation des Klägers angeschlossen und ihren ursprünglichen Antrag, daß jener Vermögensnachtheil auf nicht höher als 4000 Fr. geschätzt werde, aufgenommen hat, so hat das Gericht in der Beurtheilung dieses Punktes völlig freie Hand und darf es nur nicht über, beziehungsweise unter die Anträge der Parteien gehen. Der Vermögensnachtheil, den Kläger in Folge der theilweisen Reduktion seiner Erwerbsfähigkeit erleidet, ist gleich dem kapitalisirten Werth des Verdienstausfalles, der mit dieser Reduktion zusammenhängt. Um den Verdienstausfall zu ermitteln, muß festgestellt werden, welche Summe der Kläger bei *voller* Erwerbsfähigkeit verdienen konnte. Bezüglich dieser Frage sind seine Erwerbsverhältnisse zur Zeit des Unfalles maßgebend und zwar muß angenommen werden, daß er so viel wie damals als Zugführer der Nordostbahn auch in einer andern Stellung hätte verdienen können, weßhalb nichts darauf ankommt, ob ihm auch ohne den Unfall eine baldige Entlassung in Aussicht gestanden hätte oder nicht. Unbestrittenermaßen verdiente nun der Kläger zunächst ein fixes Salair von 1620 Fr. jährlich, es darf aber auch als feststehend be-

trachtet werden, daß ihm überdem monatlich 70—75 Fr. Stundengelder eingingen, denn einmal ist diese Klagebehauptung seitens der Beklagten heute nicht weiter in Widerspruch gesetzt worden und sodann könnte die erstinstanzliche Bestreitung, auch wenn daran festgehalten worden wäre, wegen ihrer Allgemeinheit um so weniger berücksichtigt werden, als der beklagtische Vertreter sich anheischig gemacht hat, an Hand der Bücher ziffermäßig anzugeben, welches die durchschnittliche Einnahme des Klägers an Stundengeldern gewesen sei, eine bezügliche Erklärung aber gleichwohl nie abgegeben worden ist. Endlich ist auch aus andern Haftpflichtfällen, z. B. aus demjenigen zwischen Kübler gegen Vereinigte Schweizerbahnen (Bundesgerichtliche Entscheidungen Bd. IX, S. 279) bekannt, daß sich die gewöhnliche Einnahme eines Zugführers an Stundengeldern in der That zwischen 70 und 75 Fr. per Monat bewegt. Maßgebend ist nun zunächst diese effective Einnahme des Klägers, so lange nicht feststeht, daß der Durchschnitt dieses Nebenverdienstes ein geringerer ist, das ist aber nicht der Fall. Die erste Instanz nahm an, daß dieser Verdienst durchschnittlich 600 Fr. nicht übersteige, weil letztere Summe als Grundlage für die Berechnung der Einlagen in die Pensions- und Hülfskasse angenommen worden ist, allein dieser Umstand kann unmöglich ausschlaggebend sein, wenn berücksichtigt wird einerseits, daß der Kläger thatsächlich nun einmal 840—900 Fr. jährlich eingenommen hat und anderseits, daß bei der Feststetzung dieses Nebenverdienstes für die Berechnung der Einlagen in die Hülfs- und Pensionskasse diesem Zwecke entsprechend, ganz naturgemäß nicht vom Durchschnitts- sondern vom Minimalertrag ausgegangen, ja sogar unter diesen gegriffen worden ist. Man mußte hier einen Betrag festsetzen, dessen Erwerb unter allen Umständen und für alle Verhältnisse ein absolut sicherer war, weil doch gewiß selbst die Möglichkeit ausgeschlossen werden mußte, daß in irgend einem Zeitpunkt Einlagen in die Pensions- und Hülfskasse von einem Verdienst berechnet werden, der in Wirklichkeit gar nicht gemacht worden war. Dem Bezirksgericht kann aber ferner auch darin nicht beigepflichtet werden, daß es das Jahreseinkommen des Klägers um den Betrag seiner Einlagen in die Hülfs- und Pensionskasse (88 Fr.) reduzirt. Die Ansicht, daß dieser Betrag nicht einen Bestandtheil jenes Einkommens bilde, wäre nur dann richtig, wenn dessen Verausgabung gleichbedeutend wäre mit der Nichteinnahme. Dieß würde dann zutreffen, wenn der Kläger mit jenen Einlagen überall keinen Gegenwerth erworben hätte, denn in diesem Falle hätte die obligatorische Ausgabe allerdings den ganz gleichen Effect, wie die Nichteinnahme des nämlichen Betrages als Nebenverdienst. So liegt nun aber die Sache in Wirklichkeit nicht, denn der Kläger hat durch seine Einlagen in die Hülfs- und Pensionskasse einen Gegenwerth erworben, nämlich den Anspruch auf Unterstützung im Krankheits- und Invaliditätsfall, sowie den Anspruch auf Unterstützung der Familie im Todesfalle nach Maßgabe der Statuten. Die Pensions- und Hülfskasse hat als Gegenleistung für die empfangenen Einlagen das Risiko für unverschuldete Krankheiten und Unfälle etc., die den Kläger betreffen sollten, übernommen. Es scheint allerdings, daß der Kläger, da er die Haftpflicht der Beklagten in vollem Umfange geltend macht, nunmehr von der Pensions- und Hülfskasse nichts mehr beanspruchen kann (§ 13 der Statuten), allein das ändert nichts an dem Satze, daß seine Einlagen an sich keine unentgeltlichen waren, weil auch andere Fälle hätten eintreten können, die eine Zahlungspflicht der Pensions- und Hülfskasse begründet haben würden.

2. Hienach ist davon auszugehen, daß der Kläger als Zugführer der Beklagten ein Jahreseinkommen von rund 2500 Fr. hatte (1620 Fr. fixes Salair und 840—900 Fr. Stundengelder). Dennoch kann bei Berechnung des Verdienstausfalles nicht diese Ziffer zu Grunde gelegt, sondern es muß dabei der Nebenverdienst an Stundengeldern, wie die Beklagte heute mit Recht hervorgehoben hat, um den Betrag reduzirt werden, den der Kläger gerade mit Rücksicht auf seine Stellung als Zugführer auf die Bestreitung außergewöhnlicher Unterhaltungs- und Verköstigungsausgaben verwenden mußte, denn im Umfange dieser Aus-

lagen ist der Wegfall des Nebenverdienstes kein Nachtheil für den Kläger, weil gleichzeitig mit ihm eben auch diese außergewöhnlichen Spesen aufhören, zu deren Bestreitung der Nebenverdienst vorzugsweise bestimmt war. Die Richtigkeit dieser Auffassung ist auch bundesgerichtlich anerkannt, wofür zu verweisen ist auf bundesgerichtliche Entscheidungen Bd. VII S. 536 und Bd. IX S. 284. Die außergewöhnlichen Auslagen, welche dem Kläger dadurch, daß er vorzugsweise auswärts leben mußte, erwachsen sind, dürften mit ca. 500 Fr. nicht zu hoch angeschlagen sein und bleibt sodann eine der Berechnung des Verdienstausfalles zu Grunde zu legende Summe von rund 2000 Franken (1620 Frkn. fixer Gehalt und ca. 400 Frkn. Stundengelder).

3. Die Frage, in welchem Umfange die Erwerbsfähigkeit des Klägers reduzirt worden sei, ist ihrer Natur nach eine ziemlich spitzige, allein der Zuziehung von Experten bedarf ihre Entscheidung dennoch nicht, weil die äußerlichen Folgen der Verletzung vollständig klar vorliegen, zur Lösung der Frage aber, welchen Einfluß dieselben auf die Erwerbsfähigkeit des Klägers haben, es fachmännischer Kenntnisse deßwegen überall nicht bedarf, weil nicht in Frage steht, wieweit der Kläger gegenwärtig noch zur Ausübung *eines bestimmten* Berufes befähigt sei, sondern die Reduktion seiner Erwerbsfähigkeit im Allgemeinen, ohne Rücksicht auf eine besondere Berufsart zu beurtheilen und dazu der Richter gewiss gerade so gut befähigt ist, wie ein Arzt. In dem von der Beklagten citirten Falle Stacher gegen Nordostbahn (abgedruckt in den bundesgerichtlichen Entscheidungen Bd. VI., S. 152) wurde beim Verlust des Daumenfingers der rechten Hand eine Reduktion der Arbeitsfähigkeit um ca. $^1/_4$ angenommen. Nun mögen die beiden Fälle, soweit die Grifffähigkeit der übrigen Finger in Frage kommt, so ziemlich auf eine Linie zu stellen sein, denn die Grifffähigkeit des Daumen-, Zeige- und Mittelfingers dürfte derjenigen des Zeige-, Mittel-, Ring- und kleinen Fingers so ziemlich entsprechen, weil der Daumenfinger in dieser Richtung wohl *zwei* andere ersetzen dürfte. Dagegen scheint dem Gericht der vorliegende Fall deßwegen etwas kritischer zu liegen, weil die Kraftentwicklung der dem Kläger übrig gebliebenen drei Finger denn doch kaum so groß ist wie diejenige der 4 Finger außer dem Daumen. Dazu kommt, daß hier außer den beiden Fingern je ein Theil des entsprechenden Mittelhandknochens operativ entfernt werden mußte und zudem über den ganzen Handrücken sich hinziehende Hautnarben vorhanden sind, sowie daß die ausgedehnte Nervenbildung wenigstens bei schwererer Arbeit hinderlich ist. In Berücksichtigung und freier Würdigung dieser ganzen Sachlage glaubt das Gericht eine zwischen einem Viertheil und einem Drittheil sich bewegende Reduktion der Erwerbsfähigkeit annehmen zu sollen. Bemißt man die volle Erwerbsfähigkeit auf rund 2000 Fr., so ergibt sich hienach ein Verdienstausfall von rund 575 Fr. jährlich. Dieser jährliche Minderverdienst muß dem Kläger kapitalisirt zugesprochen werden, da die Partheien mit einer einmaligen Abfindung statt der Rentenform einverstanden sind. Beim Alter des Klägers (43 Jahre) ist zum Ankauf einer jährlichen Rente von 575 Fr. nach den Statuten der Rentenanstalt eine Kapitaleinlage von 8395 Fr. erforderlich (für 100 Fr. Rente 1460 Fr. und für 575 Fr. $5^3/_4$ mal mehr). Die gefundene Summe darf nun aber mit Rücksicht darauf, daß die einmalige Kapitalleistung für den Kläger offenbar vortheilhafter ist, füglich auf rund 8000 Fr. gleich der ihm erstinstanzlich gutgeheißenen Summe reduzirt werden.

Haftpflicht aus Fabrikbetrieb.

Bemeßung der Entschädigung. Auslegung von Art. 9 des Haftpflichtgesetzes vom 25. Juni 1881 betreffend die Anrechnung des vom Arbeiter aus Versicherung Empfangenen an die Haftpflichtentschädigung.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 25. September 1888.

Der 62 Jahre alte Gußputzer Mathias Mülli, ein langjähriger Arbeiter der Gebrüder

Koch, Eisengiesserei im Sellnau-Zürich, verletzte sich am 10. Dezember 1887 im Etablissement seiner Arbeitgeber beim Abladen sogenannter Masseln, indem ihm ein solches 50 Kilo schweres Roheisenstück auf die linke Hand fiel und die drei äußern Finger derselben (kleiner Finger, Ringfinger und Mittelfinger) quetschte. Mülli blieb in Folge der Verletzung bis zum 24. März 1888, also während 105 Tagen vollständig arbeitsunfähig und eilitt dadurch eine Lohneinbuße von 388 Fr. 50 (sein Taglohn betrug 3 Fr. 70 Rp.). Die Verletzung hatte insofern einen bleibenden, die Erwerbsfähigkeit des Mülli dauernd beeinträchtigenden Nachtheil zur Folge, als die Beweglichkeit der gequetschten 3 Finger nicht wieder hergestellt werden kann, dieselben vielmehr für immer steif bleiben werden. Schon zur Zeit des Unfalls hatten die Gebrüder Koch ihre Arbeiter mittelst Kollektivversicherung bei der Unfallversicherungsgesellschaft Zürich versichert. Dieser wurde sofort eine Unfall-Schaden-Anzeige gemacht. Am 28. April 1888 erklärte Mülli der Versicherungsgesellschaft, daß er sich mit einer Gesammtentschädigungssumme von 2000 Fr. abfinden lasse. Diese acceptirte die Offerte und zahlte dem Mülli die 2000 aus gegen eine Quittung der Gebrüder Koch, als ihrer eigentlichen Mitcontrahenten, dahin gehend, daß sie anerkennen, mit dieser Summe für alle ihre Ansprüche auf Grund der Versicherung aus dem betreffenden Unfall abgefunden zu sein.

Die Gebrüder Koch zahlten an die Versicherungsprämie:

1. aus eigenen Mitteln 42,857 %
2. *aus Lohnabzügen, die sie den Arbeitern machten* 57,143 %

Die letztere Leistung ist also in Wirklichkeit eine solche der Arbeiter und nicht der Arbeitgeber.

Mit Rücksicht auf diese Thatsache nahm Mülli gegenüber seinen Arbeitgebern den Standpunkt ein, daß sie die Leistung der Versicherungsgesellschaft nur im Verhältniß der von ihnen aus eigenen Mitteln geleisteten Prämienzahlungen an der Schadenersatzsumme von 2000 Fr., die sie ihm auf Grund des Fabrikhaftpflichtgesetzes vom 23. Juni 1881 schulden, in Abrechnung bringen können und ihm somit denjenigen Betrag des Schadens noch zahlen müssen, welcher durch die ihren eigenen Prämienzahlungen entsprechende Quote der Versicherungsleistung nicht gedeckt werde (Art. 9 des Fabrikhaftpflichtgesetzes). Seine Rechnung war folgende:

Von den 2000 Fr., welche die Versicherungsgesellschaft bezahlt habe, fallen auf die Prämienquote von 42,857 %, *die von den Gebrüdern Koch geleistet wurden*	857 Fr. 15
auf die Prämienquote *der Arbeiter* 57,143 %	1142 Fr. 85
	2000 Fr. 00
Die Gebrüder Koch schulden ihm aus dem Haftpflichtgesetz	2000 Fr.
Daran seien ihnen gutzuschreiben 42,857 % der von der Versicherungsgesellschaft bezahlten Summe mit	857 Fr. 15
und haben sie somit noch zu bezahlen	1142 Fr. 85

Diese Summe klagte Mülli gegenüber den Gebrüdern Koch ein. Diese bestritten jedoch die Schuldpflicht, weil Kläger den Unfall selbst verschuldet habe, eine Schadenersatzpflicht aus dem Haftpflichtgesetz also gar nicht bestehe, eventuell der Schaden 7—800 Fr. nicht übersteige, in welchem Falle der Kläger auch nach seiner eigenen Rechnung nichts mehr zu gut habe und weil ihnen endlich die ganze von der Versicherungsgesellschaft geleistete Summe, eventuell eine größere Quote gutgeschrieben werden müsse. Sie legten den Art. 9 des Fabrikhaftpflichtgesetzes eventuell dahin aus, daß auf eine Prämienleistung des Fabrikherrn von 50 % die ganze Leistung aus der Versicherung falle und somit auf 42,857 % eine Quote, die dem Verhältniß von 42,857 zu 50 statt zu 100 entspreche, sodaß dem Fabrikherrn, sobald er überhaupt etwas an der Prämie leistet, zum Voraus 50 % der Leistung aus der Versicherung und von den übrigen 50 % noch eine seiner Prämienleistung entsprechende Quote zukommen würde.

Das Bezirksgericht Zürich wies die Klage ab, weil die Einrede der Beklagten, daß Kläger durch die Zahlung der von der Ver-

sicherungsgesellschaft entrichteten 2000 Fr. für alle seine Entschädigungsansprüche auch ihnen gegenüber befriedigt sei, als begründet erscheine. Dieser Standpunkt wird wie folgt motivirt:

1. Der Art. 9 des Haftpflichtgesetzes bestimme nur, wie bei einer Unfallversicherung, an die sowohl der Arbeiter als auch der Arbeitgeber Beiträge geleistet haben, die Versicherungssumme zu zerlegen sei oder mit andern Worten, welchen Theil derselben der Arbeitgeber als aus seinen Mitteln erworben hinstellen könne und mit Bezug auf welchen Theil der Arbeiter als Selbstversicherer zu betrachten sei. Dagegen stelle diese Gesetzesbestimmung nicht etwa den Satz auf, daß der Arbeitgeber, wenn er der Klage des Arbeiters die Einrede der bereits erfolgten gänzlichen Schadloshaltung entgegenstelle, sich zur Begründung dieser Einrede nicht auf Zahlungen berufen könne, welche dem Arbeiter von anderer Seite, aus andern Mitteln als denen des Arbeitgebers selbst zugeflossen seien. Dieser Satz würde mit der Grundidee des ganzen Haftpflichtgesetzes in schroffem Widerspruch stehen, denn diese gehe dahin, daß der Arbeiter niemals mehr zu beanspruchen habe als den vollen Ersatz des ihm in Folge des Unfalles effektiv erwachsenen Schadens. Die Richtigkeit dieser Auffassung ergebe sich mit Nothwendigkeit aus der Betrachtung, daß die ganze Haftpflichtgesetzgebung lediglich einen Bestandtheil des Versicherungsrechtes bilde. Der Arbeiter sei von Gesetzeswegen gegen die mit seinem Beruf verbundenen Gefahren versichert, indem der Arbeitgeber angehalten werde, ihm für allfällige Unglücksfälle aufzukommen. Der oberste Grundsatz des Versicherungsrechtes sei der, daß der Versicherungsnehmer aus der Versicherung nur vollständige Schadloshaltung, unter keinen Umständen aber eine Bereicherung herleiten dürfe, eine solche Bereicherung müßte aber die Auslegung, welche Kläger dem Art. 9 des Haftpflichtgesetzes gebe, zur Folge haben. Der Kläger bekäme außer dem vollen und ganzen Schaden von 2000 Fr. noch weitere 1142 Fr. 85, würde also um diesen Betrag bereichert.

2. Dieser Ausführung könnte nun freilich das Bedenken entgegengehalten werden, daß die dem Arbeitgeber eingeräumte Vergünstigung, unter Umständen (nämlich wenn er 50 % der Prämien gezahlt habe) auch die den Arbeiter als Selbstversicherer betreffende Quote der Versicherungssumme wie von sich aus erworben zu behandeln, gar keine praktische Bedeutung hätte, wenn diese Quote so wie so von der Schadenssumme in Abzug zu bringen wäre. Allein das Bedenken halte nicht Stich. Allerdings habe jene Vergünstigung eine praktische Bedeutung dann nicht, wenn die Versicherungssumme sich mit der Schadenssumme decke, denn dann brauche der Arbeitgeber in der That so wie so nichts über die Versicherungssumme hinaus zu bezahlen. Von tiefeinschneidender Bedeutung werde das Privileg des Arbeitgebers aber dann, wenn die Versicherungssumme hinter der Schadenssumme zurückbleibe, wie sich aus folgendem Beispiel ergebe. Wenn der Arbeiter für 6000 Fr. versichert sei, der von ihm erlittene Schaden aber 8000 Fr. betrage, so könne er den Arbeitgeber für die restirenden 2000 Fr. belangen, falls derselbe nur 40 % der Prämie bezahlt habe, weil dann eben nur 40 % der Versicherungssumme = 2400 Fr. als von ihm geleistet in Berechnung fallen. Haben dagegen die Beiträge des Arbeitgebers 50 % der ganzen Prämie ausgemacht, so sei er Kraft jener Vergünstigung von allen weitern Ersatzleistungen befreit. Es sei dann nämlich so zu halten, als wenn er die ganze Versicherungssumme, also die vollen 6000 Fr. aus eigenen Mitteln gezahlt hätte und da nach Art. 6 des Haftpflichtgesetzes das Maximum der den Arbeitgeber treffenden Entschädigung 6000 Fr. betrage, so seien alle Verpflichtungen des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeiter in Folge der Zahlung der Unfallversicherung erloschen.

3. Zuzugeben sei allerdings, daß der Bundesrath bei der Abfassung des Entwurfes zum Haftpflichtgesetz auf dem Standpunkte des Klägers gestanden zu haben scheine, denn die von diesem angeführte Stelle in der Botschaft zum Entwurf (Bundesblatt 1880 IV. Seite 579) könne wohl kaum anders ver-

standen werden. Allein das Gericht finde, daß hierauf nichts ankomme, weil die bezügliche Interpretation mit der ratio legis im Widerspruch stehen würde, kein Gesetz aber Bestimmungen enthalten könne, welche seiner eigenen ratio zuwiderlaufen.

Gegen dieses Urtheil appellirte Mülli und die zweite Instanz hob dasselbe denn auch wirklich auf und hiess die Klage in vollem Umfange gut.

Gründe:

1. Die Klage stellt sich als Schadenersatzklage aus dem Fabrikhaftpflichtgesetz dar. Die Beklagten anerkennen die Anwendbarkeit des letztern grundsätzlich und glauben nur deßwegen nicht schadenersatzpflichtig zu sein, weil der Haftbefreiungsgrund des eigenen und Alleinverschuldens des Klägers am Unfall zutreffe. Allein diese Einrede kann Mangels jeder ordentlichen Substantiirung derselben nicht gehört werden.

2. Der dem Kläger aus dem Unfall erwachsene Schaden erreicht die geltend gemachte Summe von 2000 Frkn. vollständig. Zunächst kommen in Betracht die Arztkosten im Betrage von 41 Fr. Ferner war der Kläger vom Tage der Verletzung (10. Dezember 1887) bis zur vollständigen Heilung (24. März 1888), also während 105 Tagen vollständig arbeitsunfähig und ist ihm während dieser Zeit der ganze Lohn von 3 Fr. 70 per Tag entgangen, woraus sich ein Schaden von 388 Fr. 50 ergibt. Als Folge der Verletzung ist ein bleibender Nachtheil, bestehend in der Steifheit der gequetschten 3 Finger zurückgeblieben, welcher anerkanntermaßen eine dauernde Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit des Klägers nach sich gezogen hat. Diese zu taxiren und den daraus resultirenden Schaden zu ermitteln, ist Aufgabe des Richters und er kann dieselbe ohne Einholung eines Expertengutachtens lösen. Die Reduktion der Arbeits- und Erwerbsfähigkeit darf auf einen Sechstheil veranschlagt werden, der Ausfall am Jahreslohn also auf 185 Fr., wenn man, wie üblich, den dreihundertfachen Taglohn dem Jahresverdienst gleichsetzt (300×3 Fr. $70 = 1110$ Frk.. davon $^1/_6 = 185$ Fr.). Nach den Tabellen der schweizerischen Rentenanstalt muß ein 62jähriger Mann für einen Franken Rente eine Einlage von 9 Fr. 40 aufwenden. Nach diesem Maßstab ist der auf 185 Fr. per Jahr veranschlagte Verdienstausfall zu kapitalisiren: $185 \times 9{,}4 = 1739$ Fr., welche Summe also den Ersatz für die theilweise Invalidität repräsentirt. Rechnet man die beiden vorgenannten Posten hinzu, so ergibt sich eine den Betrag von 2000 Fr. übersteigende Summe und ist damit gezeigt, daß der Kläger seinen Schaden nicht zu hoch taxirt hat.

3. Gegenüber dem so ausgemittelten Schadenersatzanspruch im Betrage von 2000 Fr. erheben die Beklagten die Einrede gänzlicher, eventuell theilweiser Zahlung, indem sie geltend machen:

a. die Forderung des Klägers sei dadurch vollständig getilgt, daß er den gesammten Schadensbetrag von 2000 Fr. von der Unfallversicherungsgesellschaft Zürich erhalten habe, und

b. eventuell falle den Beklagten nach Art. 9 des Eabrikhaftpflichtgesetzes zum Voraus die Hälfte der von der Unfallversicherung ausbezahlten Summe zu und können sie überdem an der andern Hälfte in dem Verhältniß participiren, in dem sie gemeinsam mit dem Kläger die Versicherungsprämien bezahlt haben.

4. Der Kläger anerkennt die Einrede theilweiser Zahlung in dem Sinne, daß er sich denjenigen Betrag der von der Versicherungsgesellschaft empfangenen 2000 Fr. anrechnen lassen will, welcher dem von Gebrüder Koch *aus eigenen Mitteln* geleisteten Prämienbetrag von 42,857 % im Verhältniß zu 100 % entspricht und dieser Standpunkt ist der allein richtige und dem Gesetze entsprechende, weßhalb rechtlich nur der Betrag von 857 Fr. 15 als von den Beklagten geleistet angesehen werden kann und sie somit die Differenz bis auf den Gesammtschaden von 2000 Fr. mit 1142 Fr. 85 gleich der Klagesumme noch zu bezahlen haben.

5. Die Frage der *Anrechnung der Versicherungssumme* ist in Art. 9 des Haftpflichtgesetzes klar und deutlich gelöst. Es ist schwer verständlich, wie die erste Instanz aus dieser Gesetzesbestimmung und dem Haft-

pflichtgesetz überhaupt herauslesen konnte, daß die Beklagten die ganze, von der Versicherungsgesellschaft ausbezahlte Summe mit ihrer Schuld aus der Haftpflicht verrechnen dürfen, ja sogar allgemein, „daß der Arbeitgeber, wenn er der Klage des Arbeiters die Einrede bereits erfolgter gänzlicher Schadloshaltung entgegensetzt, sich auch auf Zahlungen berufen könne, welche dem Arbeiter von anderer Seite, aus andern Mitteln als denen des Arbeitgebers zugeflossen sind."

6. Die Beklagten haben zwar von sich aus den Versicherungsvertrag mit der Unfallversicherungsgesellschaft abgeschlossen; *sie* werden im Vertrage als Versicherungsnehmer bezeichnet, nicht die einzelnen Arbeiter. Aber sie haben den Kläger an der Bezahlung der Versicherungsprämien participiren lassen und zwar zu 57,143 %, während sie selbst bloß 42,857 % leisteten. Mithin haben die Beklagten ein Recht auf Einrechnung der Versicherungssumme von 2000 Fr. bloß im Verhältniß der von ihnen geleisteten Beträge, also auf Einrechnung eines Betrages von 857 Fr. 14, während dem Kläger die übrigen 1142 Fr. 85 ohne Weiters zu Eigenthum zugefallen sind, für welchen Betrag er eben als Selbstversicherer zu betrachten ist.

7. Es rechtfertigt sich, den völlig irrigen Rechtsausführungen der ersten Instanz gegenüber, eine auf den Sinn von Artikel 9 des Fabrikhaftpflichtgesetzes bezügliche Stelle aus einem ständeräthlichen Kommissionalbericht, verfaßt von Ständerath Hofmann und abgedruckt im Bundesblatt von 1881, Seite 477, hier wiederzugeben. Sie lautet: „Daß in Fällen von Versicherungen, an denen der Arbeitgeber participirt, die bezahlte Versicherungssumme pro rata seines Beitragsverhältnisses an der von demselben zu leistenden Entschädigung in Abrechnung zu fallen habe, ist bloße privatrechtliche Folge eines gemeinsamen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer unternommenen Rechtsgeschäftes und bedarf insoweit keiner besondern gesetzlichen Regulirung." Ferner kann auf die übrigen auf den Entwurf und die Berathung des Fabrikhaftpflichtgesetzes bezüglichen Berichte im Bundesblatt von 1880 und 1881 verwiesen werden; ebenso auf die Rechtssprechung des Bundesgerichtes (B. E. X. 358) und die der zürcherischen Gerichte (Handelsger. Entscheidungen II 238) bezüglich der Frage der Einrechnung von Bezügen aus Krankenkassen, Versicherungsanstalten u. s. w.

8. Der Art. 9 des Haftpflichtgesetzes bestimmt, daß die Bezahlung von *wenigstens 50* % der Prämien durch den Arbeitgeber der *vollständigen* Selbstentrichtung derselben durch ihn gleichkommen soll und nun wird diese Bestimmung von den Beklagten dahin ausgelegt, daß dem Arbeitgeber bei gemeinschaftlicher Versicherung immer und ohne alle Rücksicht auf das Maß seiner Betheiligung an der Prämienentrichtung 50 % der Versicherungssumme und überdem von der andern Hälfte ein zum bezahlten Prämienbetrag proportionaler Antheil zukommen soll. Diese Auslegung bedarf indessen keiner besondern Widerlegung. Sie ist mit dem Wortlaut und dem Sinn des Gesetzes einfach unvereinbar.

Bürgschaft.

Der Eigenthumsvorbehalt als Sicherheit im Sinne von Art. 508 des O.-R.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 1. September 1888.

Rudolf Müller in Langenhardt kaufte am 18. November 1883 von Joseph Weil in Wildberg zwei Rinder um den Preis von 500 Fr. und stellte für den Kaufpreis einen Schuldschein aus, in welchem er auf Maitag 1884 Zahlung versprach und worin ferner gesagt ist, daß sich Weil bis zur gänzlichen Zahlung das Eigenthum an den beiden Rindern vorbehalte. Der Bruder des Schuldners, Kaspar Müller, leistete dem Weil überdem für die 500 Fr. Bürg- und Selbstzahlerschaft. Später gab Müller dem Weil eines der beiden Rinder wieder zurück und es wurden ihm dafür 320 Fr. gutgeschrieben, so daß er noch 180 Fr. schuldig geblieben wäre. Für diesen Betrag belangte Weil den Bürgen und Selbstzahler, nachdem der Haupt-

schuldner in Konkurs geraten war, dieser bestritt aber die Schuldpflicht, indem er zum Beweise verstellte, daß dem Kläger auch das II. Rind zurückgegeben worden sei. Ueber die Frage der Erheblichkeit dieses Beweissatzes sprach sich die zweite Instanz in ihrem die Klage abweisenden Urtheil folgendermaßen aus:

Der Vertreter des Klägers nimmt auch heute den Standpunkt ein, daß die erste Instanz auf den Beweissatz des Beklagten Mangels jeder Substantiirung nicht hätte eintreten sollen und führt dießfalls aus, daß zu einem erheblichen Beweisanerbieten des Beklagten die Bezeichnung des Titels gehört hätte, unter welchem die angebliche Rückgabe des zweiten Rindes durch den Hauptschuldner an den Kläger stattgefunden habe, da ja möglicherweise das fragliche Rind auch nur zum commissionsweisen Verkaufe dem Weil übergeben worden sein könne. Nun konnte aber der Kläger ohne Gefährdung seiner Sicherheit, des im Kaufvertrage stipulirten Eigenthumsvorbehaltes, für seinen Schuldner nicht veräußern und zudem war er gegenüber dem Bürgen verpflichtet, diese Sicherheit nicht preiszugeben. Es war seine Pflicht und Schuldigkeit, seine Befriedigung vor Allem in dem Kaufsobjekte selbst zu suchen und hätte der Verzicht auf diese Sicherheit den Verlust seiner Rechte gegenüber dem Bürgen zur Folge gehabt. Mithin kommt es nicht darauf an, unter welchem Titel die Uebergabe stattgefunden habe, sondern es kommt lediglich darauf an, ob überhaupt die Rückgabe erfolgt sei, ist diese erfolgt, so ist Kläger für seine Forderung befriedigt oder der Beklagte deßhalb von der Haft aus Bürgschaft befreit, weil die im Eigenthumsvorbehalt liegende, vom Kläger entgegen der Vorschrift von Art. 508 des O.-R. aufgegebene und daher von ihm dem Effecte nach wieder gutzumachende Sicherheit dem Werth der eingeklagten Forderung gleichkommt.

Literarisches.

Im Kommissionsverlag von J. Jenni's Buchhandlung (H. Koehler) in Bern ist erschienen: der erste Band einer Sammlung der schweizerischen Bundesgesetze mit Erläuterungen, enthaltend die Bundesverfassung vom Jahre 1874. Es wird hier angezeigt, daß sich die weiter erscheinenden Bände mit folgenden Materien der Bundesgesetzgebung befassen:

2. Band. Die Militärorganisation.
3. „ Civilstand und Ehe. Handlungsfähigkeit.
4. „ Eisenbahngesetzgebung.
5. „ Zollgesetzgebung und Handelsverträge.
6. „ Gewerbegesetzgebung.
7. „ Landwirthschaft, Wald und Wasser, Fischerei und Jagd.
8. „ Auswanderungsgesetzgebung.
9. „ Steuerwesen.
10. „ Strafrecht.
11. „ Alkoholgesetzgebung.
12. „ Internationale Beziehungen und Verträge.
13. „ Arbeitergesetzgebung.
14. „ Sanitätsgesetzgebung.
15. „ Post, Telegraph und Telephon.
16. „ Münzwesen. Banknotenwesen.
17. „ Maß und Gewicht.
18. „ Niederlassungswesen.
19. „ Obligationenrecht. Betreibung und Konkurs.
20. „ Literarisches, künstlerisches und gewerbliches Eigenthum.

u. s. w. u. s. w.

Der Herausgeber sagt in seinem Vorwort: Von Werken ähnlicher Art unterscheide sich das vorliegende Unternehmen schon dadurch, daß es jeden einzelnen Artikel des besprochenen Gesetzes beleuchte, in der Einleitung nach seiner Entstehung und in den Erläuterungen nach seiner Tragweite und seiner Ausführung durch die zuständigen Behörden, wodurch jeder Band zum praktischen Nachschlagebuch werde, und zwar so, daß der Schweizerbürger so zu sagen für jeden Fall, in dem er sich Rath holen wolle, einen Präzedenzfall finde, in welchem Bundesrath, Bundesgericht oder Bundesversammlung in ähnlicher Sache bereits entschieden haben.

Der vorliegende Band beginnt mit einer Einleitung, in welcher dem Leser ein anschauliches Bild von der geschichtlichen Entwicklung des heutigen Bundesstaates vor Augen geführt wird. Dann folgt der Abdruck der Bundesverfassung vom Jahre 1874 und anschließend daran die Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln des Grundgesetzes. Diese Erläuterungen nun sind natürlich die Hauptsache und es muß anerkannt werden, daß sie allen denjenigen, die sich um die Entwicklung des Ausbaues unserer Bundesverfassung und um die Anwendung der verfassungsmäßig garantirten Rechte interessiren, ein schätzbares Material bieten. An Hand dieser Erläuterungen und der Citate sollte es möglich sein, sich im gegebenen Fall von Demjenigen zu unterrichten, was für die Lösung einer konkreten, in dieses Gebiet fallenden Frage zu wissen nöthig ist.

Der vorliegende Band bildet den Ausgangspunkt einer Sammlung aller Bundesgesetze, denen eine gleiche Bearbeitung zu Theil werden soll und erhalten wir somit in dem Ganzen eine Zusammenstellung des gesammten Bundesrechtes mit gleichzeitiger, sich an die Praxis der zuständigen Behörden anlehnender Erläuterung desselben, was gewiß nur begrüßt werden kann.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. November 1888. VII. Band. № 21.

Schweizer Blätter für

Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter“ erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Entscheidungen des Handelsgerichtes Zürich.

I.

Kauf.

Rücktritt vom Vertrag seitens des Käufers wegen angeblichen Erfüllungsverzuges des Verkäufers (Art. 234 des O.-R.).

Schadenersatzklage desselben auf Grund der Art. 234 und 124 des O.-R.

(Urtheil vom 14. September 1888 i. S. *Braunschweig* ca. *Schwarzenbach*.)

Die Firma Braunschweig & Cie. in Basel, welche Handel mit seidenen Foulards und Bändern betreibt, bestellte im Mai 1887 bei dem Seidenfabrikanten F. Schwarzenbach-Suter in Thalweil 806 Dutzend Cache-nez „Surrah VIII“ in verschiedenen Größen und Dessins, successive lieferbar bis Ende August zu 5 Fr. 25 per Dutzend in 45 cm. Größe, die übrigen Größen zu verhältnißmäßig höhern Preisen. Schwarzenbach antwortete mit Brief vom 7. Juni 1887: „Ich würde Ihren Auftrag annehmen, wenn Sie Lieferung *im September* eingehen könnten. Eine Theilsendung kann ich vor Ende August unmöglich ausführen.“ Schon am folgenden Tage erklärten sich die Besteller damit einverstanden und war hiemit der Vertrag perfect. Am 28. Juli bemerkte Schwarzenbach nochmals, daß er den Auftrag nicht früher effectuiren könne, als wie unterm 7. Juni mitgetheilt. Trotzdem verlangten Braunschweig & Cie. schon am 3. August unter Berufung darauf, daß ein Kunde auf Ablieferung dränge und mit Annullirung der Bestellung drohe, daß Schwarzenbach Alles, was fertig sei, abschneide, worauf dieser indeß am 4. August antwortete: „Ich übernahm Ihre Ordre ausdrücklich nur mit Lieferung *im September*, womit Sie sich einverstanden erklärten. Sie können daher keine frühere Lieferung verlangen oder gar die Ordre schon vor Verfall annulliren.“ Braunschweig & Cie. erwiderten am 5. August, sie denken nicht daran, die Ordre zu annulliren, es sei ihnen nur darum zu thun, den ungeduldigen Kunden zu bedienen, weßhalb sie um eine Sendung bis 15. August bitten. Diese Bitte wurde wiederholt mit Korrespondenzkarte vom 21. August, von Schwarzenbach aber am 24. August dahin beantwortet, er könne noch keine Sendung machen, er müsse vielmehr zu seinem Leidwesen mittheilen, daß die bestellte Waare in Folge theilweiser Arbeitseinstellung seiner Arbeiter etwas verspätet d. h. per September-Oktober eingehen werde.

Als gegen Mitte September immer noch keine Waare kam, begab sich Braunschweig persönlich nach Thalweil, um sich nach dem Stand der Arbeiten zu erkundigen, er fand jedoch erst 11 Pakette 67 cm. Cache-nez fertig vor. Darüber sprachen die Besteller mit Brief vom 15. September ihre Verwunderung aus und bemerkten: „Wahrscheinlich kam die Verspätung auch daher, weil Sie glaubten, die Waare sei erst lieferbar Oktober. Sie glauben nicht, welchen Schaden wir hiedurch haben, indem wir liefern sollten und doch noch keine Waare haben. Vorläufig ersuchen wir Sie nun, uns die Hälfte von jedem Dessin und jeder Größe zugehen zu lassen und zwar unausgerüstet per Gepäcksendung; den Rest erwarten wir per Ende September.“ Darauf antwortete Schwarzenbach am 20. September: „Bei dem außerordentlich schönen Wetter sind unsere Arbeiter den Sommer hindurch aufs Feld gegangen und ich habe seit Monaten kaum einen Viertheil desjenigen Quantums eingenommen, worauf zu zählen ich berechtigt war; weder ich noch andere Fabrikanten konnten gegen diese „force majeure“ aufkommen. Im Uebrigen sind Arbeitslöhne um 25 Cts. per Pack gestiegen, abgesehen davon, daß Seidenpreise jede Woche höher sind, sodaß ein wirklicher Schaden kaum nachzuweisen wäre. Indem ich mein Ergebenes vom 24. August bestätige, ersuche Sie um gef. Anzeige, ob Sie mit der angegebenen Lieferzeit einverstanden; ich werde Ihnen von jetzt ab jede Woche Sendung machen.“

In ihrer Erwiderung vom 21. September lehnen es Braunschweig & Cie. ab, sich auf die Details des obigen Briefes einzulassen und erklären bündig, daß wenn Schwarzenbach nicht im Stande sei, zu liefern, er eben die Bestellung, *welche auf lieferbar September laute,* nicht hätte annehmen sollen. Immerhin heißt es dann am Schlusse: „Wir wollen jedoch, um unsere fernern Relationen nicht zu stören, den *Rückstand* annehmen per Oktober, jedoch bis 25. laufenden Monats müssen wir ein größeres Quantum haben, welches wir direkt hieher per Gepäcksendung erwarten.“ In einem Nachsatz wird hinzugefügt: „Mindestens die Hälfte von jedem Dessin und Größe.“

Mit Schreiben vom 22. September gibt Schwarzenbach den Bestellern die bestimmte Zusicherung, daß er trotz bedeutendem Aufschlag die bestellte Waare complet und musterconform liefern werde, dagegen müsse er von ihnen eine *unumwundene und vorbehaltslose* Erklärung haben, daß sie die Waaren, *wie sie eingehen,* zum Bestellpreise acceptiren.“ Hierauf erwiderten Braunschweig & Cie. folgenden Tages: „Die Haltung Schwarzenbachs sei ihnen unbegreiflich; wie schon mitgetheilt erwachse ihnen aus dem Preisaufschlag durchaus kein Vortheil, da sie die bestellte Waare schon lange *und zwar lieferbar September* verkauft haben. Sie gewärtigen bis zum 25. September eine grössere Sendung per Gepäcksendung, die Hälfte von jedem Dessin und jeder Größe und den Rest per Anfang Oktober. Als Schwarzenbach am 27. September schrieb, daß ihm dieß, wie Braunschweig & Cie. wissen, nicht möglich sei, telegraphirten diese, es brauche nicht genau die Hälfte zu sein, sie erwarten jedoch umgehend Bericht, wie viel Stücke bis jetzt eingegangen seien. Gleichzeitig drohten sie mit gerichtlichem Vorgehen, für den Fall, daß sie bis 30. September nicht im Besitze einer größern Sendung seien. Statt einer solchen erhielten Braunschweig & Cie. von Schwarzenbach am 4. Oktober eine Zuschrift des Inhalts, er sei noch immer nicht im Besitze einer definitiven Antwort auf seinen Brief vom 22. September und bitte daher um Bericht, damit er mit den Lieferungen beginnen könne. Die Antwort der Besteller ging dahin, daß sie, nachdem auf gütlichem Wege nichts auszurichten gewesen sei, die Sache einem Advokaten übergeben haben. Dieser Advokat, Dr. Feigenwinter in Basel, zeigte dann dem Schwarzenbach am 8. Oktober 1887 an, daß Braunschweig & Cie., nachdem er, Schwarzenbach, die per Ende September versprochene Waare weder ganz noch theilweise geliefert und auch eine Verpflichtung, die Lieferung auf Mitte Oktober nachzuholen, nicht habe übernehmen wollen, nunmehr vom Vertrage zurücktreten. Braunschweig sei genöthigt gewesen, die gleiche Waare von dritter Seite zu beziehen. „Er wird Sie“, — so schließt die Zuschrift, —

„falls Sie sich nicht gütlich mit ihm verständigen, wofür ich Ihnen Frist von 8 Tagen setze, gerichtlich für den Schaden belangen."

Auch die Antwort auf diese Anzeige hin war keine andere, als daß Schwarzenbach bereit sei, die Waare successive, so wie sie eingehe, abzuliefern, insofern Braunschweig & Cie. die Lieferungen, *wie bestellt*, acceptiren wollen; eine Sendung liege schon bereit, Dr. Feigenwinter erwiderte indessen, daß man auf diese Propositionen und Vertröstungen nicht mehr eingehen könne.

Es folgten nun Vergleichsunterhandlungen, die sich aber zerschlugen. Am 18. November 1887 reichten Braunschweig & Cie. beim Friedensrichteramt Klage auf Bezahlung von 2000 Fr. Schadenersatz ein, beim Gericht selbst wurde indeß diese Klage erst unterm 21. Juni 1888 anhängig gemacht. In der schriftlichen Klagebeantwortung beschränkte sich Schwarzenbach nicht darauf, die Verwerfung der Klage zu verlangen, sondern er stellte widerklageweise das Rechtsbegehren, daß die Kläger verpflichtet werden, die bestellte Waare zu dem vereinbarten Preise anzunehmen und ihm den erlittenen Zinsausfall zu vergüten oder aber, daß dieselben verhalten werden, ihm für die nicht unerhebliche Preisdifferenz aufzukommen. In der Hauptverhandlung ließ dann aber Schwarzenbach die erste Alternative dieses Rechtsbegehrens (Bezug und Bezahlung der Waare) fallen, weil es gelungen sei, ungefähr die Hälfte der Waare, wenn auch mit Verlust, zu verkaufen. Dagegen hielt er daran fest, daß Kläger verpflichtet werden, ihm die Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und dem heutigen, geringern Werth der Waare mit 1587 Fr. 75 zu ersetzen.

Das Gericht erklärte den Schadenersatzanspruch der Kläger als prinzipiell begründet, fand aber, dass nur ein Schaden von 220 Frkn. 50 nachgewiesen sei und hiess desshalb die Hauptklage in diesem reduzirten Umfange gut. Die Widerklage wurde abgewiesen.

Gründe:

1. Die Grundlage des Prozesses bildet ein im Mai 1887 zwischen den Litiganten abgeschlossener und bis heute unerfüllt gebliebener Kauf über eine Partie seidener Cache-nez. Der Kläger behauptet, der Beklagte sei in Lieferungsverzug gerathen, was ihn, da es sich um einen kaufmännischen Verkehr handle und ein bestimmter Lieferungstermin verabredet worden sei, gemäß Art. 234 des O.-R. berechtigt habe, vom Vertrag ohne Weiteres zurückzutreten und auf Schadenersatz zu klagen. Der Beklagte dagegen nimmt den Standpunkt ein, der Kläger befinde sich im Annahmeverzug und leitet hieraus, da die Seide inzwischen abgeschlagen hat, das Recht her, denselben für die Differenz zwischen dem stipulirten Verkaufspreis und dem heutigen Werth der Waare zu belasten.

2. Um untersuchen zu können, ob der Beklagte seine Verpflichtungen aus dem Kaufsvertrage rechtzeitig erfüllt bezw. die von ihm geschuldete Leistung gehörig anerboten habe, wird vor Allem festzustellen sein, wie die Lieferung vereinbart worden ist. Dießfalls sind zunächst maßgebend die Briefe der Litiganten vom 7. und 8. Juni 1887, worin man sich einigte, es solle die Waare statt wie die Klägerschaft gewünscht hatte, im August erst im September geliefert werden, immerhin wo möglich mit Theilsendung auf Ende August. Eine Abänderung dieser auf den Monat September fixirten Lieferungsfrist hat nicht stattgefunden.

Zwar theilte der Beklagte den Klägern am 24. August mit, daß die Waare in Folge theilweiser Arbeitseinstellung seiner Arbeiter etwas verspätet, d. h. per September/Oktober eingehen werde, welche Anzeige von den Klägern nicht scheint beantwortet worden zu sein. Indessen legt der Beklagte selbst dieses Stillschweigen nicht als Zustimmung aus, sondern beruft sich dafür, daß die Lieferfrist auf den Monat Oktober erstreckt worden sei, lediglich auf den weiter unten zur Sprache kommenden Brief von Braunschweig & Cie. vom 21. September 1887. Zudem wurde der Beklagte nicht lange darüber im Unklaren gelassen, ob an der vertraglich fixirten Lieferzeit festgehalten werde oder nicht. Gegen Mitte September empfieng er den Besuch von Braunschweig, welcher sich über das Fortschreiten der Arbeit vergewissern wollte, hier-

auf erhielt er den Brief vom 15. September, welcher ihn aufforderte, vorläufig wenigstens die Hälfte von jeder Größe und jedem Dessin abzuliefern in der Meinung, daß der Rest per Ende September erwartet werde. Der Brief der Kläger vom 21. September, auf welchen der Beklagte glaubt abstellen zu dürfen, nagelt zunächst wiederum die Thatsache fest, daß die Bestellung lieferbar September gelautet habe, und macht die Zustimmung zu einer etwelchen Fristerstreckung davon abhängig, daß der Beklagte bis zum 25. September ein größeres Quantum und zwar mindestens die Hälfte von jedem Dessin und von jeder Größe abliefere, *nur unter dieser Bedingung* willigen Braunschweig & Cie. ein, daß der Rest der Bestellung erst im Oktober effektuirt werde. Statt dieses Zugeständniß zu acceptiren und jene Bedingung zu erfüllen, verlangt der Beklagte am 22. September von den Klägern die Erklärung, daß sie die Waaren, wie sie eingehen, zum Bestellpreise acceptiren. Er lieferte selbst dann nicht, als die Kläger ihm noch weiter entgegen gekommen waren und erklärt hatten, es brauche nicht genau die Hälfte zu sein. In Folge dessen ist die bedingt ertheilte Zustimmung der Kläger zur Verlängerung der Lieferfrist wieder dahin gefallen.

Der Beklagte will zwar geltend machen, Letztere seien an der Verzögerung der Ablieferung selbst schuld, indem sie die in seinem Briefe vom 22. September geforderte Erklärung nicht abgegeben haben. Allein auf eine solche hatte er überall kein Recht. Der Beklagte verlangte nicht nur, daß die Kläger die Waare „zum Bestellpreise“ acceptiren, was ja keiner besonderen Versicherung bedurft hätte; gegen die Zumuthung, daß sie die Waaren anzunehmen haben, „wie sie eingehen“, durften sie mit Fug und Recht protestiren, mögen nun diese Worte sich bezogen haben auf die Art der Assortirung oder — was unter den obwaltenden Umständen das wahrscheinlichere ist — auf den Zeitpunkt der Ablieferung.

3. Ist einerseits festgestellt, daß der Beklagte die vertraglich vereinbarte Lieferfrist nicht innegehalten hat, so kann anderseits kein Zweifel bestehen, daß hier die Vermuthung des Art. 234 des O.-R. für ein Fixgeschäft Platz greift, zu Folge deren die Kläger berechtigt gewesen sind, ohne Weiteres vom Vertrage zurückzutreten. Die Verabredung, lieferbar „im Monat September“, enthält die Festsetzung, daß bis zu einer bestimmten Zeit, nämlich bis zum letzten Tage des genannten Monats geliefert werden müsse und darin liegt sicherlich die Verabredung eines bestimmten Lieferungstermines im Sinne der citirten Gesetzesstelle. Im Fernern hat man es aber auch mit einem Verkehr zwischen Kaufleuten zu thun, somit sind die Requisite des Art. 234 des O.-R. erfüllt und es könnte sich nur noch fragen, ob jene Rechtsvermuthung durch den Gegenbeweis, daß die Contrahenten den verabredeten Lieferungstermin nicht als wesentlich betrachtet haben, entkräftet sei. Ein solcher Nachweis ist aber überall nicht geleistet; derselbe kann namentlich nicht darin erblickt werden, daß die Kläger sich schließlich zu einer Verlängerung der Lieferfrist herbeilassen wollten, denn es läßt dies keinen Schluß auf die Willensmeinung der Contrahenten bei Abschluß des Vertrages zu. Als die erwartete Septemberlieferung nicht gekommen war, verfehlten auch die Kläger nicht, dem Beklagten alsbald anzuzeigen, daß sie nunmehr vom Vertrage zurücktreten und ihn auf Schadenersatz belangen werden.

Der Beklagte will freilich für den Handel mit farbigen Dessinwaaren den Grundsatz aufgestellt und ausgesprochen wissen, daß der Besteller dem Seidenfabrikanten die Waare immer abnehmen müsse, auch wenn etwas verspätete Lieferung vorliege, sofern nur letzterer redlich bemüht sei, seine Verpflichtungen rechtzeitig zu erfüllen. Allein im Gesetze sind keine Anhaltspunkte dafür gegeben, daß einzelnen Industriebranchen aus Billigkeits- oder Zweckmäßigkeitsgründen eine Ausnahmestellung hinsichtlich der Beurtheilung des Lieferungsverzuges eingeräumt werden könne; die Fabrikanten mögen solche besondern Verhältnisse schon bei Abschluß der Lieferungsverträge ins Auge fassen und demgemäß kontrahiren.

4. Der Beklagte schützt als Ursache der Nichtinnehaltung der Lieferungsfrist in einem

seiner Briefe „force majeur“ vor, welche er darin erblickt, daß seine Arbeiter in dem außerordentlich schönen Sommer 1887 aufs Feld gegangen seien und daher viel weniger Arbeit abgeliefert haben, als er habe erwarten dürfen. Von höherer Gewalt ist jedoch hier keine Rede; was der Beklagte so bezeichnet, ist vielmehr ein Verschulden von seiner Seite, welches darin besteht, daß er beim Vertragsabschluß nicht gehörig überlegt hat, wie viel Arbeitskräfte ihm sicher zu Gebote stehen; selbstverständlich war es seine Pflicht, auch die Möglichkeit ins Auge zu fassen, daß der Sommer schönes Wetter bringe und daß in Folge dessen die auswärts beschäftigten Handweber mehr den Feldarbeiten obliegen werden als bei schlechtem Wetter.

Ein anderweitiger Entschuldigungsgrund, als die bereits als unerheblich bezeichnete Thatsache, daß die Kläger sich weigerten, dem Beklagten vorbehaltslos zu erklären, sie nehmen die Waare so wie sie eingehe, zum Bestellpreise an, ist aus den Akten nicht ersichtlich. Wohl aber legen die mehrfachen Andeutungen in den Briefen des Beklagten betreffend das Steigen der Seidenpreise die Vermuthung nahe, daß dieser Umstand nicht ohne Einfluß auf sein Verhalten gewesen sei.

5. Aus dem Gesagten in Verbindung mit Art. 234 und 124 des Obligationenrechtes folgt, daß die Schadenersatzpflicht des Beklagten prinzipiell begründet, die Widerklage dagegen zu verwerfen ist. Es mag hier nur noch erwähnt werden, daß der Beklagte, wenn er überhaupt geglaubt hat, die Lieferung sei nicht verspätet, die Kläger vielmehr zu deren Annahme verpflichtet, die Waare unverzüglich hätte fertig stellen und hinterlegen sollen. (Art. 107 des O.-R.)

(Nun folgen die das Quantitativ des Schadens feststellenden Erwägungen, die jedoch hier, weil kein allgemeines Interesse bietend, weggelassen werden.)

II.

Dienstvertrag.

Schadenersatzforderung aus vorzeitiger Entlassung (Art. 343 und 346 des O.-R.).

(Entscheidung vom 21. September 1888.)

Adolf Bregg in Außersihl trat im Jahre 1880 bei der Schweizerischen Hagelversicherungsgesellschaft in Zürich als Buchhalter ein mit einem monatlichen Salair von 150 Fr., das später auf 250 Fr. erhöht wurde. Schon im Februar 1886 erlitt das Einvernehmen zwischen ihm und dem Direktor der Gesellschaft, Schramm, eine Störung. Bregg machte eine Eingabe an den Verwaltungsrath, erklärte dann aber am 26. Februar 1886 unterschriftlich:

1. er bedaure, sich in seiner Ueberdrüßigkeit wegen Verweigerung einer Gratifikation Ausdrücke erlaubt zu haben, die nicht wahr seien und die er reuevoll revozire;

2. es sei ihm durchaus nichts bekannt, das ihn berechtigen würde, in irgend welcher Art gegen den Direktor oder Mitglieder des Verwaltungsrathes tadelnd vorzugehen, noch viel weniger, sich klagend auszusprechen.

Zur nämlichen Zeit (Februar 1886) blieb Bregg unter dem Vorgeben, daß er eines kranken Fußes wegen nicht ausgehen könne, 9 Tage vom Bureau weg. Da von dritter Seite verlautet wurde, die Vorgabe sei nicht wahr, forderte ihn der Direktor im Auftrage des Verwaltungsrathspräsidenten auf, die Richtigkeit des angeführten Krankheitszustandes durch Einreichung eines ärztlichen Zeugnisses festzustellen, Bregg weigerte sich dessen, weil er keinen Arzt zugezogen habe und dieß auch jetzt nicht für nöthig finde, als aber am 17. Februar 1886 an dem gestellten Begehren festgehalten wurde, erschien er folgenden Tages und zwar, wie behauptet wird, ohne Krankheitsspuren, auf dem Bureau.

In der Nro. 23 des „Landwirth“, Organ des Luzernischen Bauernvereins, vom 3. Juni 1888 erschien unter dem Titel „Glossen zur Hagelversicherung“ eine Einsendung, in welcher die Thätigkeit der Verwaltungsräthe, der Revisionskommission, des Direktors und des kontrollirenden Mitgliedes der Hagelversicherungsgesellschaft einer höchst abschätzen-

den Kritik unterworfen, das Bureau des Direktors als das Hauptquartier der deutschen Sozialdemokraten bezeichnet und überhaupt darzuthun gesucht wird, daß die Verwalltung durchaus keine den Interessen der Landwirthe entsprechende sei.

Der Verfasser dieser Einsendung ist Bregg, wie er ausdrücklich anerkennt. Die Gesellschaft behauptet, daß der Verdacht sofort auf ihn gefallen sei, um aber Gewißheit zu erhalten, leitete sie gegen den Verleger des „Landwirt“ Ehrverletzungsklage ein, worauf dieser am 17. August 1888 den Bregg als Verfasser nannte mit dem Beifügen, dieser habe ihm schon im Juni 1888 brieflich mitgetheilt, daß er nunmehr im Juli gegebenenfalls seine Entlaßung, die er sonst nur auf Kündigung erhalte, provoziren wolle, ehe sein Name als Einsender genannt werde.

Die Entlaßung des Bregg ist wirklich im Juli 1888 erfolgt und zwar mit Schreiben des Direktors vom 21. dieses Monats unter Berufung darauf, daß er wieder ohne Erlaubniß vom Bureau fortgeblieben sei. Thatsache ist, daß Bregg am Donnerstag den 19. Juli Nachmittags vom Bureau wegblieb. Er will einen Freund getroffen haben, den er lange nicht mehr gesehen und sein Nichterscheinen in Abwesenheit des Direktors dem Bureaupersonal gemeldet haben. Am Freitag den 20. Juli blieb er ohne Entschuldigung den ganzen Tag weg. Am Samstag den 21. Juli schien er im Begriffe gewesen zu sein, aufs Bureau zu gehen, wenigstens ließ er diesen Bericht daheim zurück, auf dem Wege fand er dann aber, daß er wegen Unwohlsein („Katzenjammer“) zur Arbeit untauglich sei und spazirte. Am Nachmittag erhielt er den Entlaßungsbrief des Direktors. Nun fand Bregg auf einmal, daß kein rechtmäßiger Grund zu seiner plötzlichen Entlaßung vorgelegen habe und verlangte, davon ausgehend, daß der Dienstvertrag gemäß Art. 343 des O.-R. erst auf den Ablauf des Kalender-Vierteljahres habe gekündet werden dürfen, Bezahlung seines Gehaltes für die Monate August und September 1888 mit 500 Fr. nebst einer Anzahl anderweitiger kleiner Posten, die hier nicht weiter interessiren. Die Gesellschaft bestritt den Anspruch, weil sie den Kläger seines vertragswidrigen Verhaltens wegen sofort zu entlassen befugt gewesen sei.

Die Klage wurde abgewiesen.

Gründe:

1. Den Gegenstand der Klage bildet ein Schadenersatzanspruch des Klägers aus vorzeitiger Entlaßung. Da der zwischen den Partheien bestandene Anstellungsvertrag nicht auf eine bestimmte Zeitdauer abgeschlossen wurde, so ist an sich mit dem Kläger davon auszugehen, daß die Beklagte das Dienstverhältniß nur unter Beobachtung der gesetzlichen Kündigungsfrist, d. h. gemäß Art. 343 Abs. 2 des O.-R. erst auf den Ablauf des Kalender-Vierteljahres (30. September) hätte lösen dürfen, es sei denn, daß der Beklagten wichtige Gründe zu Gebote gestanden haben, welche eine vorzeitige Aufhebung des Dienstvertrages rechtfertigen. (Art. 346 des O.-R.)

2. Die Beklagte erblickt einen solchen Grund in der Thatsache, daß der Kläger sich wiederholt erlaubt habe, ohne Erlaubniß und Entschuldigung vom Bureau wegzubleiben. Diese Behauptung ist eigentlich vom Kläger gar nicht bestritten worden, wol aber ist durch zwei Briefe des Direktors Schramm an Bregg vom 17. Februar 1886 festgestellt, daß Letzterer damals mehrere Tage lang das Bureau nicht besuchte und daß er der Aufforderung, sich durch ein ärztliches Zeugniß darüber auszuweisen, daß er durch ein Fußleiden am Ausgehen verhindert gewesen sei, nicht Folge leistete, sondern, um sich nicht untersuchen lassen zu müssen, folgenden Tages wieder auf dem Bureau erschien. Wenn auch auf diesen Vorfall für sich allein kein besonderes Gewicht zu legen ist, weil man damals die Geschichte auf sich beruhen ließ, so ist er dennoch nicht ohne jede Bedeutung insofern als anzunehmen ist, er sei bei Beurtheilung der spätern Unregelmäßigkeiten, die Kläger sich zu Schulden kommen ließ, mit in Berücksichtigung gezogen worden. Nachdem der Kläger vollends im Juli d. J. wieder mehrere Tage vom Bureau wegblieb, obschon ihm, was wiederum nicht bestritten ist, für den Wiederholungsfall mit Entlassung gedroht worden war, ist letztere mit Fug und

Recht erfolgt. Wenn man nämlich auch noch als bewiesen annimmt, daß der Kläger sich durch den Besuch eines Freundes habe bewegen lassen, am 19. Juli Nachmittags vom Bureau wegzugehen und daß er seine Mitangestellten behufs Benachrichtigung des Prinzipals hievon in Kenntniß gesetzt habe, so könnte dies doch nur für den Donnerstag Nachmittag, nicht auch für den Freitag und Samstag Vormittag als Entschuldigung gelten. Durch das Wegbleiben während weiterer 2 Tagen hat der Kläger die dem Prinzipal schuldigen Rücksichten in einer Weise verletzt, daß demselben nicht zuzumuthen war, diesem Treiben länger zuzusehen.

3. Aber auch das weitere von der Beklagten angeführte Schuldmoment, daß der Kläger in der Presse gegen die Schweizerische Hagelversicherungsgesellschaft aufgetreten sei und deren Organe angegriffen habe, ist für die Frage, ob die sofortige Entlassung gerechtfertigt gewesen sei, keineswegs bedeutungslos, wenn auch am 21. Juli die Autorschaft der Einsendung im „Landwirth" vom 3. Juni noch nicht feststand, sondern lediglich der Verdacht sich auf den Kläger lenkte. Es wird nämlich zwar daran festzuhalten sein, daß im Prozesse als Kündigungsgrund nicht solche Thatsachen verwerthet werden dürfen, welche dem Kündigenden nicht schon im Momente der Kündigung, sondern erst später zur Kenntniß gelangt sind, allein insofern jener Verdacht ein in den Verhältnissen begründeter war, dient er sicherlich auch zur Rechtfertigung der Entlassung. Die Angriffe in den „Glossen zur Hagelversicherung" auf den Verwaltungsrath, das kontrollirende Mitglied und die Revisionskommission, welche sämmtlich nachlässiger Geschäftsbehandlung und Controlle beschuldigt werden, sowie auf den Direktor, der auf Rechnung der Schweizer Bauern in Sozialismus mache, sind nun in der That derart, daß der Verfasser des Artikels nicht mit Unrecht auf dem Bureau der Gesellschaft selbst gesucht wurde, und zwar in derjenigen Person, welche sich, wie aus dem erwähnten Protokollauszug vom Jahre 1886 hervorgeht, schon früher erlaubt hatte, über den Direktor des Verwaltungsrathes sich mißbeliebig zu äußern. Darüber, daß der Artikel im höchsten Grade geeignet und auch darauf berechnet war, das Ansehen der Gesellschaft zu untergraben, kann ein Zweifel nicht bestehen.

4. Unter diesen Umständen erscheint die sofortige Entlassung des Klägers als völlig gerechtfertigt, woraus folgt, daß er über den Monat Juli hinaus Salair nicht zu beanspruchen hat und deßhalb die Klage abgewiesen werden muß.

Kauf

über Milchlieferung zwischen Senntengenossen und Senn.

Die Vertragsbestimmung: „Würde ein Lieferant verfälschte Milch zur Hütte bringen, so wäre derselbe aller geführten Milch verlustig" hat den Charakter einer Conventionalstrafclausel. Auf die Anrufung richterlicher Ermäßigung einer verfallenen Conventionalstrafe kann rechtsgültig verzichtet werden. Anfechtung eines solchen Verzichtes wegen Erwirkung desselben durch Furchterregung (Art. 26 und 27 des O.-R.) und aus dem Gesichtspunkte wucherhafter Uebervortheilung.

Obergericht Zürich, Appellationskammer,

In einen Vertrag, durch den die Genossen einer Sennhüttengesellschaft die von Martini 1887 bis Mai 1888 zu produzirende Milch dem Senn verkauften, ist unter Anderm auch folgende Bestimmung aufgenommen worden: „Würde ein Lieferant verfälschte Milch zur Hütte bringen, so wäre derselbe aller geführten Milch verlustig und hätte sich überdieß noch mit dem Senn abzufinden."

Am 19. April 1888 nahm eine Abordnung der Gesundheitskommission in der betreffenden Sennhütte eine Untersuchung der gelieferten Abendmilch vor, d. h. es wurde die Milch jedes Lieferanten gewogen. Dabei ergab sich, daß die Milch eines Lieferanten bloß ein spezifisches Gewicht von 28 Grad zeigte, währenddem die Minimalanforderung an ganze Mich laut der regierungsräthlichen Verordnung betreffend die amtliche Untersuchung der im Verkehr befindlichen Kuh-

milch vom 7. Januar 1882 29 Grad beträgt. Der Rahmgehalt betrug 12 Volumenprozent, was der Minimalanforderung genannter Verordnung entspricht. Die Abordnung der Gesundheitskommission eröffnete dem Betreffenden, daß am folgenden Tage, den 20. April, Abends von ihr eine Stallprobe vorgenommen werde. Dieß konvenirte unserem Milchlieferanten nicht recht, er wandte sich deßhalb im Laufe des 20. April an den Senn, machte ihm die Eröffnung, sein Sohn, der am 19. April Abends das Melken besorgt, müße zugeben, daß er beim Spühlen der Milchtanse das Wasser auszuleeren *vergessen* habe und suchte eine Verständigung zu erzielen.

Die beiden konnten sich nicht einigen und am Abend erschienen deßhalb 2 Mitglieder der Gesundheitskommission und der Senn beim Hause des betreffenden Bauers, um die angesagte Stallprobe vorzunehmen. Nun kam es aber doch nicht zum Vollzug dieser Maßnahme, denn der Bauer wurde Angesichts derselben nachgibig und verständigte sich mit dem Senn, worauf die Abordnung der Gesundheitskommission auf Vornahme der Stallprobe verzichtete. Die Verständigung bestund in der Unterzeichnung folgender Urkunde durch den Milchlieferanten:

„Unterzeichneter bescheint, für alle gelieferte Milch bis zum 20. April 1888 bezahlt zu sein und bis Mai 1889 alle Milch in die Sennhütte zu bringen laut Vertrag. Die Abrechnung bis 20. April fällt weg."

Eine wirkliche Bezahlung hatte natürlich nicht stattgefunden und beurkundet die Quittung somit einen Verzicht auf das Kaufpreisguthaben für die gelieferte Milch gemäß dem § 4 des Kaufvertrages. Der Bauer bereute bald seinen Schritt und gab dieß auch zu erkennen, was den Senn veranlaßte, nachträglich doch noch eine Stallprobe zu verlangen. Diese fand am 30. April, Abends statt und ergab:

1. An spezifischem Gewicht 30,5 Grad, und
2. An Rahmgehalt 12 Volumenprozent.

Am 1. Mai wollte der Senn dem Bauer die vom 20. April bis dahin gelieferte Milch mit 75 Fr 07 Rp. bezahlen, dieser verweigerte aber die Annahme des Geldes, worauf jener den Betrag beim Gemeindammann deponirte. Am 3. Mai nahm sodann der Bauer den Betrag in Empfang und stellte dabei folgende, ganz allgemein gehaltene Quittung aus: „Der Unterzeichnete bescheint, für gelieferte Milch bis 1. Mai 1888 bezahlt zu sein."

Gestützt auf die Thatsache, daß der Bauer nachträglich auch der Gesundheitskommission gegenüber bestätigte, sein Sohn habe am Abend des 19. April *vergessen*, beim Spühlen der Milchtanse das Wasser auszuleeren, weßhalb die Milch mit Wasser vermischt gewesen sei, sprach diese Behörde nachträglich eine Polizeibuße von 15 Fr. aus, die anerkannt und bezahlt wurde.

Der Bauer hatte von Martini 1887 bis zum 19. April 1888 für 1160 Fr. Milch geliefert und daran theils an baar, theils an Produkten 300 Fr. empfangen, sodaß er noch 860 Fr. zu fordern gehabt hätte. Diesen nicht unbedeutenden Betrag verlieren zu sollen, wollte ihm immer weniger einleuchten und schließlich entschloß er sich dann auch wirklich, denselben gegenüber dem Senn einzuklagen. Der letztere berief sich auf den § 4 des Kaufvertrages und leitete daraus den Untergang der an sich allerdings entstandenen Kaufpreisforderung ab, der Kläger aber erwiderte, daß diese Vertragsbestimmung den Charakter einer Conventionalstrafclausel habe, daß die Conventionalstrafe übermäßig sei und deßhalb gemäß Art. 182 des O.-R. ermäßigt werden müsse. Die Ermäßigungsbefugniß des Richters sei durch die Quittungen vom 20. April und 3. Mai nicht ausgeschlossen, weil dieselben in Anwendung der §§ 26 u. 27 des O.-R. wegen Mängeln des Vertragsabschlußes caßirt werden müssen. Der Beklagte habe dem Kläger am 20. April gedroht, daß er ihn ins Gefängniß bringen werde, wenn er die Quittung nicht unterschreibe. Der Letztere machte darauf aufmerksam, daß Kläger ihm die Milch schon seit Mai 1885 geliefert habe und verstellte zum Beweise, daß wegen der geringen Qualität derselben fortwährend habe reklamirt werden müssen.

Das Bezirksgericht ging vom Gesichtspunkte der Conventionalstrafe aus, fand dieselbe übermäßig und reduzirte sie deßhalb von

860 Fr. auf 500 Fr., was eine Gutheißung der Kaufpreisklage im Betrage von 360 Fr. zur Folge hatte.

Die zweite Instanz dagegen wies die Klage gänzlich ab.

Gründe:

1. Die Partheien gehen einig darin, daß der Beklagte dem Kläger aus Milchlieferung von Martini 1887 bis 19. Mai 1888 860 Fr. schuldig geworden ist, mit dieser Thatsache aber ist das Klagefundament gegeben und frägt es sich nur, ob diese Schuld, deren Bezahlung heute verlangt wird, nicht schon längst untergegangen sei, wie dieß vom Beklagten behauptet wird.

2. Der behauptete Forderungsuntergang wird aus dem § 4 des Kaufvertrages vom 25. Oktober 1887 abgeleitet. Erstinstanzlich machte der Kläger geltend, es sei diese Bestimmung dahin zu verstehen, daß derjenige, welcher verfälschte Milch zur Hütte bringe, nur den Kaufpreis für diese, festgestelltermaßen nicht reele Milch verliere. Heute ist nun aber dieser Standpunkt nicht weiter festgehalten worden und zwar mit vollem Recht, denn die Worte: „so wäre derselbe *aller* geführten Milch verlustig“ lassen eine andere Auslegung als die beklagtische, wonach die Lieferung verfälschter Milch den Verlust des Kaufpreises für alle bis zur Feststellung der Fälschung gelieferte und noch nicht bezahlte Milch zur Folge haben soll, nicht zu. Die Bestimmungen, daß der Lieferant „aller geführten Milch“ und daß er „nur der verfälschten Milch„ verlustig werde, sind so verschieden, daß sie sich schlechterdings nicht vertreten können.

3. Es ist nicht bestritten und übrigens auch bewiesen, daß der Kläger am 19. April d. J. verfälschte Milch in die Hütte gebracht hat und damit die Thatsache eingetreten ist, an welche der § 4 des Kaufvertrages nach der ihm soeben gegebenen Auslegung den Verlust des Kaufpreises für alle bis zum 19. April gelieferte Milch knüpft. Daraus würde nun zunächst folgen, daß die eingeklagte Schuld wirklich im ganzen Umfange untergegangen ist. Allein der Kläger macht geltend, daß die Vereinbarung, es solle die Lieferung verfälschter Milch den Verlust der Kaufpreisforderung für alle bis zum Momente der Entdeckung geführte Milch zur Folge haben, den Charakter einer Conventionalstrafbestimmung an sich trage, daß sich die hier in Frage kommende Conventionalstrafe von 860 Fr., die er in der Form des Verzichtes auf sein, diesen Betrag erreichendes Guthaben leisten sollte, als eine übermäßige darstelle und daß er daher gemäß Art. 182 des O.-R. richterliche Ermäßigung derselben verlangen könne, von welchem Rechte Gebrauch gemacht werde. Diese ganze Ausführung wird vom Beklagten bestritten, allein es muß wenigstens der Ausgangspunkt derselben, nämlich die Behauptung, daß der fraglichen Vereinbarung der Charakter einer Conventionalstrafbestimmung zukomme, als richtig anerkannt werden. Der Vertreter des Beklagten hat heute versucht, den Vertragsinhalt dahin festzustellen, es verzichte der Senn auf die strafrechtliche Verfolgung der Milchfälscher, wogegen die letztern als Gegenleistung ihre erworbenen Kaufpreisguthaben aufgeben, allein diese Auslegung findet im Wortlaut der bezüglichen Vertragsbestimmung nicht die geringste Unterstützung. Von einem Verzicht des Sennen auf die strafrechtliche Verfolgung der Milchfälscher ist hier überall keine Rede und unterliegt es nicht dem mindesten Zweifel, daß der Beklagte durch jene Bestimmung in keiner Weise gehindert war, den Kläger bei den Strafpolizeibehörden zu denunciren. Eine derartige Vertragsauffassung wäre übrigens gefährlich für den Beklagten, weil eine Vereinbarung mit der Tendenz, Milchfälscher jeder strafrechtlichen Verfolgung zu entziehen und an Stelle der letztern eine Art Privatjustiz im Interesse des Geschädigten treten zu lassen, der rechtlichen Anerkennung kaum ganz sicher sein dürfte (Art. 17 des O.-R.) Es kann im Fernern aber auch nicht davon gesprochen werden, daß etwa eine Vereinbarung des Inhalts vorliege, es solle die Gegenleistung des Sennen (bestehend in der Zahlung des Kaufpreises) wegen Nichteintritts der sie bedingenden Hauptleistung seitens des Milchlieferanten dahinfallen. Ein derartiger Vertrag, daß die Gegenleistung dahin-

falle, weil die sie bedingende Hauptleistung nicht eingetreten ist, liegt z. B. in der Clausel, wie sie in Versicherungspolicen vorkommt, daß die Versicherung, falls die Prämie nach Verfall nicht bezahlt wird, bis zur Zahlung ruhe. Wenn der Schaden während dieser Zeit eintritt, so muß die Gesellschaft nicht bezahlen kraft der Vereinbarung, daß die Versicherung während der Zeit des Ausbleibens der Prämienzahlung nicht bestehe. Im vorliegenden Falle setzt aber die Vereinbarung gerade voraus, daß die Hauptleistung (Milchlieferung) erfolgt sei und deßhalb auch die Gegenleistung an sich einzutreten hätte. Der beklagtische Vertreter hat ferner von einem Verfallsvertrag gesprochen und nun ist richtig, daß man der Vereinbarung diesen Namen geben kann, allein damit ist gegen die klägerische Auffassung, daß es sich dem Wesen nach um einen Conventionalstrafvertrag handle, nichts gewonnen, denn es ist klar, daß ein vertraglicher Anspruch eben gerade aus dem Gesichtspunkt der Conventionalstrafe als verfallen erklärt werden kann und dieß ist hier, — wie bereits angedeutet worden — in der That auch geschehen. Das Kaufpreisguthaben wird als verfallen erklärt wegen der festgestellten Thatsache, daß nicht vertragsgemäß geliefert worden ist, weder im Zeitpunkt der konstatirten Fälschung noch vorher. Das letztere wird ohne Weiteres als feststehend angenommen, auf Grund der ganz natürlichen und wohl auch ziemlich regelmäßig zutreffenden Betrachtung, daß der entdeckte Fälscher zur Zeit der Entdeckung nicht das erste Mal gefälscht haben werde. Es handelt sich also um die vertragliche Fixirung einer Leistung der Milchlieferanten für den Fall nicht gehöriger Vertragserfüllung, welche Leistung im Verzicht auf die Kaufpreisforderung besteht. Die Conventionalstrafe wird auf die Höhe des ganzen noch ausstehenden Guthabens fixirt und weil man überdem die Möglichkeit berücksichtigen wollte, daß der effektive Schaden noch größer sein könnte, so wurde beigefügt: „und hätte sich überdem noch mit dem Senn abzufinden."

4. Unterstellt nun aber auch, die vereinbarte Conventionalstrafe würde sich wirklich als eine übermäßige darstellen, wie dieß die erste Instanz angenommen hat, so könnte im vorliegenden Fall von einer richterlichen Ermäßigung derselben dennoch keine Rede sein, weil der Kläger auf diese Ermäßigung in rechtsverbindlicher Weise verzichtet hat. Der Verzicht liegt in der von ihm am 20. April für das eingeklagte Guthaben ausgestellten Quittung. Es wäre durchaus irrthümlich, in dieser Quittung etwa nur eine Bestätigung der Conventionalstrafclausel selbst zu erblicken. Für die Erwirkung einer solchen Bestätigung bestand durchaus keine Veranlaßung. Die Voraussetzung der Clausel war eingetreten und die Strafe verwirkt. Der Beklagte machte dieselbe geltend und nun stund der Kläger vor der Frage, ob er die Strafe anerkennen oder, sei es principiell, sei es im Quantitativ, bestreiten, ob er das richterliche Ermäßigungsrecht in Anspruch nehmen wolle oder nicht. Er entschied sich für die runde Anerkennung der geltend gemachten Strafe und hat damit auf die Anrufung der richterlichen Ermäßigungsbefugniß verzichtet. Wenn das Bezirksgericht den Satz aufstellt, es könne auf diesen Verzicht deßhalb nichts ankommen, weil sonst die Bestimmung des Artikel 182 des O.-R. ganz illusorisch wäre und dessen Anwendbarkeit vereitelt würde, so ist das natürlich unrichtig. Auch die Festsetzung übermäßiger Conventionalstrafen ist durchaus nicht etwa ungültig, weil öffentlichen Interessen widerstreitend oder gegen die gute Sitte verstoßend. Der Art. 182 sagt im Gegentheil, daß die Conventionalstrafe in beliebiger Höhe bestimmt werden könne und die Vorschrift, es könne der Richter jedoch übermäßige Strafen nach billigem Ermessen ermäßigen, bezweckt nur die Begründung der rechtlichen Möglichkeit, den Einwand einer Parthei, es stellen sich die Folgen der Strafclausel als solche dar, wie sie niemals im Willen der Contrahenten gelegen haben können, berücksichtigen zu können. Daraus aber folgt, daß wenn die pflichtige Parthei diesen Standpunkt gar nicht geltend macht, sondern gegentheils erklärt, sie finde, daß die verlangte Strafe nicht übermäßig sei, der Richter auch keine Ermäßigung eintreten lassen darf. Von einer *Pflicht* des Richters, übermäßige Strafen zu reduziren,

ist überall keine Rede, sondern nur von einem Recht, falls die Reduktion begehrt wird, auf ein solches Begehren aber kann natürlich vertraglich verzichtet werden und dieser Verzicht ist vom Kläger nach erfolgter Verwirkung der Strafe erklärt worden.

5. Nun wird freilich die Rechtsgültigkeit dieses Verzichtes unter Anrufung der §§ 26 und 27 des O.-R. angefochten, allein mit Unrecht. Die Anwendbarkeit der erstern Gesetzesstelle ist schon deßhalb ausgeschlossen, weil, selbst wenn der Beklagte dem Kläger mit strafrechtlicher Verfolgung gedroht hätte, von einer *widerrechtlichen* Bestimmung zur Anerkennung der Conventionalstrafe nicht gesprochen werden könnte. Da Kläger die Milch wirklich verfälscht hat, so hätte Beklagter mit der Verzeigung desselben nur von einem Rechte Gebrauch gemacht. In Frage kann deßhalb nur der Art. 27 Abs. 2 kommen. Allein wenn man auch zugeben wollte, daß Kläger sich bei Unterzeichnung der Quittung vom 20. April in einer bedenklichen Lage befunden habe, so kann doch nicht von einem Mißbrauch dieser Lage seitens des Beklagten, *um ihm die Einräumung übermässiger Vortheile abzunöthigen*, gesprochen werden, denn der Vortheil des Verzichts auf die Anrufung des richterlichen Ermäßigungsrechtes bezüglich der Conventionalstrafe, den der Beklagte sich einzig verschafft hat, kann überall nicht als ein übermäßiger taxirt werden. Denn selbst wenn man heute finden sollte, es würde sich eine gewisse Ermäßigung rechtfertigen, so könnte sie nicht bedeutend sein und übrigens würde dieses Befinden auf Grund der heutigen Aktenlage noch keineswegs darthun, daß eine Ermäßigung wirklich eingetreten wäre, wenn der Kläger nicht darauf verzichtet, sondern das Ermäßigungsrecht des Richters angerufen hätte, denn ohne den Verzicht würde der Beklagte sich bemüht haben, Beweismaterial für weitere Fälschungen des Klägers zu sammeln und es hätte in Folge dessen die Sachlage für den letztern eine noch viel schlimmere werden können als wie sich gegenwärtig darstellt. Daß der Kläger die Anerkennung der Conventionalstrafe selbst nicht als das Aufgeben eines wesentlichen Vortheils betrachtet hat, ergibt sich übrigens aus der Thatsache, daß er dem Beklagten am 3. Mai zum zweiten Mal für die ganze Kaufpreisforderung Quittung ertheilte. Er bescheint in der bezüglichen Urkunde ganz allgemein, für gelieferte Milch bis 1. Mai 1888 bezahlt zu sein und es steht mit diesem allgemeinen Wortlaut im Widerspruch, wenn man behauptet, es habe sich hier nur um den Kaufpreis für die Milch vom 19. April bis 1. Mai gehandelt, weßhalb das bezügliche Beweisanerbieten durch Zeugen nicht gehört werden kann. Mit diesen Ausführungen ist auch der heute neu eingenommene Standpunkt widerlegt, daß sich der Beklagte durch die Verschaffung der Quittungen vom 20. April und 3. Mai des Wuchers, also einer strafbaren Handlung schuldig gemacht habe und jene Urkunden bezw. die darin niedergelegten Erklärungen somit auch aus diesem Grunde keinen Anspruch auf Rechtsschutz haben. Denn auch der Wucher setzt voraus, daß es sich um die Ausbeutung der Nothlage behufs Verschaffung eines *übermässigen* Vortheils handelt und davon kann, wie bereits gezeigt worden ist, nicht die Rede sein.

6. Muß hienach die Conventionalstrafe im vollen Umfange geschützt werden, so ergibt sich daraus, weil sie die gleiche Höhe, wie die Klageforderung erreicht, die gänzliche Abweisung der letztern.

Dienstvertrag.

Die vom Gesetz (Art. 342 des O.-R.) an die widerspruchslose Fortsetzung eines Dienstverhältnißes nach Ablauf der vertraglich fixirten Dienstzeit geknüpfte Vermuthung der Vertragserneuerung ist nicht auf den Fall anwendbar, wo eine Kündigung stattgefunden hat, aber trotzdem ein faktisches Dienstmiethverhältniß fortbestehen bleibt.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 15. September 1888.
Schmid ca. Rüegg und Co.

Die Inhaber eines Seidenfabrikationsgeschäftes, die von ihrem Fergger oder Anrüster

auf Lohnforderung belangt wurden, machten widerklageweise eine Gegenforderung von 200 Fr. geltend, gestützt auf die Behauptung, daß der Angestellte den Dienst plötzlich verlassen habe, während der Dienstvertrag eine vorangehende 6wöchentliche Kündigung vorschreibe und bestimme, daß bei sofortigem Austritt ohne Kündigung eine Conventionalstrafe von 200 Fr. bezahlt werden müsse. Der Angesprochene erwiderte, daß er den Dienstvertrag mit Brief vom 8. November gekündet habe und diese Behauptung mußte, weil aktengemäß, anerkannt werden, die Ansprecher replicirten aber, daß Kläger und Widerbeklagter seiner Kündigung keine Folge gegeben, sondern nach Ablauf der 6 Wochen (20. Dezember 1887) weiter und zwar bis Ende Januar 1888 im Anstellungsverhältniß verblieben und erst dann in Folge Differenzen ausgetreten sei. Sie vertraten die Ansicht, daß das thatsächliche Verbleiben des Widerbeklagten in ihrem Dienst über den durch die Kündigung festgestellten Endtermin des Vertrages hinaus als stillschweigende Erneuerung des letztern auf unbestimmte Zeit gelten müsse, daß deßhalb der Widerbeklagte neuerdings hätte künden sollen und weil er das nicht gethan habe, sondern ohne weitere Kündigung ausgetreten sei, die vertraglich stipulirte Conventionalstrafe verwirkt habe. Der letztere bestritt diese Auffassung und suchte nachzuweisen, daß die Meinung durchaus nicht auf Fortsetzung des ursprünglichen Vertragsverhältnißes gegangen sei, sondern das Anstellungsverhältniß im Januar 1888 einen wesentlich andern Inhalt gehabt, namentlich seine Thätigkeit eine weit reducirtere gewesen sei, sodaß jedenfalls von weiterer Geltung der Conventionalstrafclausel während dieser Zeit keine Rede sein könne. *Das Gericht wies die Widerklage ab.*

Gründe:

Mit Unrecht geht der Widerkläger davon aus, daß der ursprüngliche Dienstvertrag in seiner ganzen unveränderten Gestalt auch nach dem 1. Jenner 1888 fortbestanden habe. Nach Art. 342 des O.-R. besteht eine Vermuthung der Fortdauer eines Dienstmiethevertrages allerdings dann, wenn derelbe nach Ablauf der festgesetzten Dienstzeit von beiden Theilen ohne Widerspruch fortgesetzt worden ist; allein diesem Fall steht derjenige offenbar nicht völlig gleich, wo die Kündigung stattgefunden hat, aber trotz derselben ein faktisches Dienstmietheverhältniß fortbestehen bleibt. Bei völlig analoger Sachmiethe hat der Gesetzgeber auch diesen Unterschied sehr wohl gefühlt und deßhalb wurde hier, wie aus Zif. 2 zu Art. 291 von Schneiders Commentar hervorgeht, der Vorschlag gemacht, auch bei uns, wie dieß im Code Napoléon geschehen ist, eine Bestimmung in das Gesetz aufzunehmen, daß die fragliche Vermuthung nicht gelte, wenn die Miethe auf einen bestimmten Tag gekündet worden sei und dann der Miether doch noch im Genusse des Miethobjektes bleibe. Schneider geht nun aber sicherlich zu weit, wenn er aus der Ablehnung dieses Vorschlags den Schluß zieht, daß nun bei uns die fragliche Vermuthung auch in diesem Falle gelte; denn wenn der Gesetzgeber dieß gewollt hätte, hätte er es ohne Zweifel auch ausdrücklich gesagt; es scheint im Gegentheil, daß er eben hier dem Richter in der Beurtheilung des Vertragswillens völlig freie Hand lassen und ihn nicht durch irgend eine rechtliche Vermuthung binden wollte. Von diesem Standpunkte aus kann nun aber keinem Zweifel unterliegen, daß es nicht in der Absicht der Partheien gelegen hat, den ursprünglichen Vertrag in allen seinen Theilen auch nach dem 1. Januar 1888 fortzusetzen. Hiegegen spricht vor allem der Umstand, daß während nach diesem Vertrag der Kläger alle Anrüstungsarbeiten in seiner Gegend besorgen sollte, nunmehr der Beklagte schon am 24. Januar zwei weitere Fergger einstellte, welche ebenfalls in dortiger Gegend Anrüstungsarbeiten vorzunehmen hatten. Dem Kläger verblieb somit nur ein Theil seiner frühern Thätigkeit und da die Conventionalstrafe offenbar gerade mit Rücksicht auf den erheblichen Umfang seiner Thätigkeit festgesetzt worden war, so kann dieselbe unmöglich ohne besondere Vereinbarung bei der höchst eingeschränkten Thätigkeit des Klägers im neuen Jahre resp. nach dem 24. Jenner dem Vertragswillen entsprochen haben. Al-

lerdings war der Kläger selbstverständlich auch bei diesem erneuerten Vertrag zu einer Kündigung des Dienstverhältnißes verpflichtet, allein wenn er ohne eine solche austrat, so war der Beklagte nur zum Schadenersatz berechtigt, nicht aber zur Forderung einer Conventionalstrafe und da er einen Schaden nicht behauptet hat, braucht auch nicht untersucht zu werden, ob der Kläger zum Austritt ohne Kündigung mit Rücksicht darauf, daß ihm sein Lohn vorenthalten wurde, berechtigt war. Es muß somit die Widerklage des Beklagten abgewiesen werden.

Forderung aus unerlaubter Handlung.

(Art. 50, 51 und 55 des O.-R.)
Obergericht Zürich, Appellationskammer, 22. September 1888.

Der Bäcker Brunner in Niederuster klagte gegen den Metzger Küderli daselbst auf Bezahlung von 1000 Fr. als Schadenersatz- und Genugthuungsleistung aus den Art. 50, 51 und 55 des Obl.-R., weil der Beklagte in öffentlichen Wirthschaften geäußert habe, er, Kläger, schulde dem Senn Roth in Uster 600 Fr. für gelieferten Käse und bekomme nun von diesem keine Waaren mehr. Eine Schuld des Brunner gegenüber Roth besteht in Wirklichkeit nicht, dagegen ist Kläger unbestrittenermaßen von einem Mehllieferanten für 600 Fr. betrieben worden; er behauptet indeß, es sei nur deßwegen zum Rechtstrieb gekommen, weil die Forderung eine bestrittene gewesen sei. Der Beklagte stellte in Abrede, daß er sich überhaupt in mißbeliebiger Weise über den Kläger geäußert habe und bemerkte im Uebrigen, es habe die Frau des Klägers den Senn Roth ersucht, er möchte ihnen doch Käse liefern und dabei die unvorsichtige Aeußerung gethan, sie seien zwar für 600 Fr. betrieben, werden ihn aber trotzdem bezahlen. Seit dieser Aeußerung habe sich das Gerücht verbreitet, daß Kläger schlecht stehe.

Die Klage wurde von beiden Instanzen ohne Einleitung eines Beweisverfahrens abgewiesen.

Gründe:

Die Forderung des Klägers gründet sich zunächst, aber mit Unrecht auf Art. 50 und 51 des O.-R. Kläger hat nämlich nicht einmal angegeben, worin der Schaden bestehe, den er durch die behauptete, widerrechtliche Handlung des Beklagten erlitten habe und der Richter kann kaum von sich aus die nicht aufgestellte Behauptung, daß sein Kredit gelitten habe und daß er in Folge dessen sich sowohl beim Einkauf ungünstigere Bedingungen gefallen lassen müsse, als auch seinem Geschäfte nicht diejenige Ausdehnung geben könne, wie bei ungeschmälertem Kredit, — als im Sinne des klägerischen Vortrages betrachten, selbst wenn er sich im Stande fühlte, die Größe eines solchen Schadens von sich aus zu ermessen. Auch wäre der Causalzusammenhang des Schadens mit der widerrechtlichen Handlung nicht ohne Weiteres klar, denn der Beklagte hat behauptet, daß Kläger sich wirklich in ökonomischer Bedrängniß befunden habe, indem er für eine Schuld seines Hauptmehllieferanten im Betrage von 600 Fr. habe rechtlich betrieben werden müssen und daß dieß auch in die Oeffentlichkeit gedrungen und von ihm selbst gehört worden sei und der Kläger muß ersteres als wahr zugeben und macht nur die höchst vage und durch nichts belegte Einwendung, daß die Forderung eine bestrittene gewesen sei, obschon es ihm ein Leichtes gewesen wäre, wenn die Forderung eine unberechtigte war, dieß nachzuweisen, während selbstverständlich auf die bloße Thatsache der Bestreitung, z. B. durch Rechtsvorschlag nichts ankommt; auch ist im Fernern anzunehmen, daß das Gerücht von diesem Rechtstriebe schon vor den angeblichen Aeußerungen des Beklagten im Publikum verbreitet gewesen sei, ansonst der letztere die Größe der Schuld nicht hätte beziffern können.

2. Was die Frage anbetrifft, ob dem Kläger nicht wenigstens gestützt auf Art. 55 des O.-R. eine Genugthuungssumme gesprochen werden könne, so ist auch dieß zu verneinen, denn nicht jede Verletzung persönlicher Verhältnisse berechtigt zu einer solchen Klage, sondern nur eine ernstliche und eine solche liegt nicht vor in Anbetracht dessen, daß der

Beklagte nur *ein theilweise wahres* Gerücht, wenn auch vielleicht in etwas veränderter Form über den Kläger weiter verbreitete und daß diese Weiterverbreitung nur im Wirthshausgespräche stattfand, was selbstverständlich bei Prüfung der Frage der Ernstlichkeit der Verletzung weit weniger schwer ins Gewicht fällt, als wenn die Weiterverbreitung z. B. durch die Druckerpresse geschehen ist.

Die Schenkung

einer Forderung ist nur dann eine vollzogene im Sinne des § 1077 des zürch. P.-R. G.-B. (neu 426) wenn sie in Form einer *schriftlich beurkundeten* Abtretung (Art. 184 Absatz 2 des O.-R.) stattgefunden hat.

Ist die schenkungsweise Abtretung nur mündlich erfolgt, so liegt bloß ein Schenkungsversprechen im Sinne des § 1090 des zürch. P.-G.-B. (neu 436) vor, das nach § 1091 (neu 437) Mangels der schriftlichen Form nicht klagbar ist.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 2. Oktober 1888.

Die Erben des am 22. November 1887 in Hettlingen (Bezirk Winterthur) verstorbenen alt Präsident Heinrich Müller belangten die Wittwe Veronika Keßler geb. Schudel, die verschiedene Jahre und zwar bis zum Tode des Erblassers als Haushälterin bei demselben gedient hatte, auf Einwerfung einer in ihrem Besitze befindlichen, jedoch auf den Namen des Erblassers lautenden Obligation von 15000 Fr. auf die Spaar- und Leihkasse Ramsen in den Nachlaß. Die Beklagte widersetzte sich dem Begehren mit der Behauptung, daß ihr die Obligation am 17. November 1887, also 5 Tage vor dem Tode des Erblassers von diesem schenkungsweise übergeben worden sei. Eine *schriftliche* Abtretungsurkunde konnte nicht vorgelegt werden und es wurde auch ausdrücklich zugegeben, daß eine solche nicht ausgestellt worden sei. Dagegen anerbot die Beklagte den Beweis, daß eine Schenkung vereinbart, behufs Vollzug derselben ein *mündlicher* Abtretungsvertrag abgeschlossen und ihr die Obligation gleichzeitig übergeben worden sei. Das Bezirksgericht nahm den von der Beklagten anerbotenen Beweis ab, fand dann aber, daß derselbe mißlungen sei und hieß aus diesem Grunde die Klage gut.

Die zweite Instanz bestätigte dieses Urtheil, sie trat aber nicht auf die Frage ein, ob die Beklagte den anerbotenen Beweis geleistet habe oder nicht, sondern stellte sich auf den Standpunkt, daß dieser Beweis unerheblich sei, weil auch dann, wenn derselbe als geleistet betrachtet werde, nur von einem Schenkungsversprechen, nicht aber von einer vollzogenen Schenkung gesprochen werden könne, das bloße Schenkungsversprechen aber Mangels der schriftlichen Form ungültig sei.

Gründe:

1. Die Klage ist gutzuheißen, weil der Rechtstitel der Schenkung, auf welche die Beklagte ihren faktischen Besitz an der streitigen Obligation gründet, nicht zu Recht besteht, indem, selbst wenn die ganze Sachdarstellung der Beklagten als bewiesen betrachtet wird, was hier nicht weiter untersucht werden soll, doch keine vollzogene Schenkung gemäß § 1077, sondern nur ein Schenkungsversprechen im Sinne von § 1090 des P.-R. G.-B. vorliegt und die schriftliche Form mangelt, welche für die Gültigkeit des letztern durch § 1091 vorgeschrieben ist.

2. Die Obligation von 15000 Fr., welche der Beklagten geschenkt worden sein soll, ist nämlich zweifellos kein Inhaberpapier, sondern eine gewöhnliche Schuldurkunde und es bedurfte daher zu der behaupteten schenkungsweisen Uebertragung an die Beklagte einer Abtretung. Nun bestimmt Art. 184 des O.-R., daß, damit der Uebergang der Forderung Dritten gegenüber wirksam werde, es einer *schriftlichen* Beurkundung bedürfe und die Commentatoren des O.-R., Dr. Hafner und Dr. Schneider sind darin einig, daß zu diesen „Dritten" auch der Schuldner der abgetretenen Forderung gehöre. Die gegentheilige Ansicht wäre auch im Widerspruch mit dem Wortlaute des Gesetzes; denn gegenüber den beiden Contrahenten beim Rechts-

geschäft der Abtretung (Cedent und Cessionar) ist der Schuldner der Forderung ein „Dritter“. Eine weitere Consequenz der richtigen Auffassung, daß unter den Dritten auch der Schuldner der abgetretenen Forderung verstanden werden müsse, ist, wie dieß Dr. Hafner in Zif. 3 seines Commentars zu Art. 184 des Nähern ausführt, daß eine bloß mündliche Abtretung lediglich einen obligatorischen Anspruch auf Uebertragung durch Zustellung einer Abtretungsurkunde im Sinne von Art. 191 des O.-R. begründet, somit eine Schuldforderung, welche, wenn die mündliche Abtretung schenkungsweise geschehen ist, nur den Inhalt eines Schenkungsversprechens nach § 1090 des zürch. P.-G.-B. bilden kann. Da nun von der Beklagten selbst nur eine mündliche Abtretung geltend gemacht wird, kann es sich somit auch nur um ein Schenkungs*versprechen* handeln.

Berechnung

der notarialischen Staatsgebühr für Vormerknahme von Personalveränderungen innerhalb einer Firma, wenn dieselben nicht gleichzeitig eine Societätsneubildung mit neuer Firma nach sich ziehen.

Obergericht Zürich, 22. September 1888.

Laut Grundprotokoll der Stadt Zürich standen der Firma Hans Caspar Escher, einer Kollectivgesellschaft, verschiedene Liegenschaften zu Eigenthum zu. Die Gesellschaft bestund aus:

Hs. Conrad Escher-Usteri,
Hs. Caspar Escher,
J. C. Escher-Kündig und
Hans Jakob Escher-Escher.

Die Firma wurde am 24. Januar 1883 in das Handelsregister eingetragen.

Im Dezember des Jahres 1886 starb J. J. Escher-Escher und an seine Stelle traten in das Geschäft ein dessen Sohn Arnold Escher und die Wittwe Luise Escher-Escher, letztere indeß nur als Commanditärin.

Diese Veränderung im Personalbestand der Firma wurde dem Handelsregisterbureau angezeigt und zugleich die Firma gemäß den Art. 870 und 902 des O.-R. abgeändert in Hans Caspar Escher *und Compagnie.*

Ebenso hat die Notariatskanzlei der Stadt Zürich den entsprechenden Vormerk vom Eigenthumsübergang vorgenommen und hiefür eine Staatsgebühr von 1840 Fr. 80 entsprechend dem Verkehrswerthe der Liegenschaften berechnet.

Darüber beschwerte sich die Firma Hs. Caspar Escher & Cie. und das Bezirksgericht entschied, es dürfe der Notar für den fraglichen Vormerk nur eine Gebühr von 30 Rp. berechnen. Die Beschwerde des Notars gegen diesen Entscheid wurde abgewiesen und derselbe bestätigt.

Gründe:

1. In seiner Berichterstattung wendet das Bezirksgericht Zürich ein, daß der Notar zur Erhebung eines Rekurses wohl nicht berechtigt sei, da nach feststehender Praxis einem Beamten, dessen Verfügungen auf die Beschwerde eines Betheiligten aufgehoben oder abgeändert werden, hierüber sich nicht beschweren könne. Nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Notariatsgesetzes (§ 43) ist aber nicht nur einseitig dem Besteuerten ein Beschwerderecht eingeräumt, sondern es sollen Streitigkeiten über die Taxvorschriften von den richterlichen Behörden ausgetragen werden. Zu einer Streitigkeit gehören aber stets zwei Parteien, von denen die eine niemand anders sein kann als der Notar. Ist er aber einmal Partei, so steht ihm auch der Rekurs zu. Die frühern Entscheide der Kassationsinstanz gingen nur dahin, daß der Finanzdirektion kein Beschwerderecht über die Taxation des Notars zustehe.

2. In der Sache selber sollten hier richtigerweise zwei Vormerke gemacht werden:

a. Vormerk von den Personalveränderungen.
b. Vormerk von der Aenderung der Firma.

Somit wären jedenfalls zwei Vormerkgebühren zu beziehen. Eine volle Staatsgebühr könnte indess nur angesetzt werden:

wenn die Aenderung der Firma nicht bloss durch die Art. 870 u. 902 des O.-R. nothwendig geworden, sondern das Ergebniss einer Societätsauflösung und Societätsneubildung wäre,

oder umgekehrt, wenn die Personalveränderung eine Firmenänderung nach sich zöge.

Beides ist nun aber nicht der Fall. Am 24. Januar wurde in Benutzung der Erlaubniss von Art. 902 des O.-R. einfach die frühere Firma vom kantonalen Ragionenbuch in das eidgen. Handelsregister übergetragen. Wäre schon damals die Vorschrift von Art. 870 anzuwenden gewesen, so hätte schon damals eine Firma gewählt werden müssen, wie sie jetzt gewählt wurde. Sodann hätte auch die heute vorzunehmende Personalveränderung das Fortführen dieser Firma nicht gehindert, wie sie anderseits nicht Ursache ist, dass jetzt gerade diese Firma gewählt wird. Eine Staatsgebühr vom Werth der Liegenschaften könnte nur dann bezogen werden, wenn die Firma jetzt geändert werden müsste, vorausgesetzt, sie wäre schon 1883 den Vorschriften des O.-R. entsprechend festgesetzt worden.

3. Allerdings macht der Notar geltend, dass nicht nur eine Personalveränderung, sondern auch eine konstitutive Aenderung in der Organisation der Gesellschaft stattgefunden habe, indem nicht einfach frühere Mitglieder der Kollectivgesellschaft aus und neue eingetreten seien, sondern die frühere Kollektivgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft umgeändert worden sei. Nun verlangt aber das Obligationenrecht in einem solchen Falle nicht nur keine Aenderung in der Firma (Hafner O.-R. Art. 606 Note 7), sondern es behandelt diesen Fall ausdrücklich nur als Beitritt eines Kommanditärs zu einer bestehenden Kollectivgesellschaft, nimmt also die Fortdauer des bisherigen und nicht etwa die Entstehung eines neuen Rechtssubjektes an, was doch die Voraussetzung einer Handänderungsgebühr wäre.

Literaturanzeigen.

I. Die Allgemeine österreichische **Richter-Zeitung,** Organ für Rechts- und Staatswissenschaft und zur Pflege der Interessen des Richterstandes, eerschint (im II. Jahrgang) jeden 1. und 15. eines Monats. Redaktions- und Administrationsbureau: Wien I., Getreidemarkt 14. Commissions-Verlag: J. Bretzner und Cie. (Moritz Lieber) Buchhandlung und Antiquariat in Wien I., Tegethofstraße 8, woselbst auch Abonnements entgegengenommen werden. Chef-Redacteur: Dr. Franz Bednarz in Wien. Abonnementspreis für das Ausland 12 Mark jährlich bezw. 6 Mark halbjährlich. Inhaltsverzeichniss der Nr. 26 vom 15. Oktober 1888: Sociale Delicte, insbesondere Sittlichkeitsdelicte (Bemerkungen von Professor Hofrath Wahlberg.) Der neunzehnte Juristentag in Stettin. Entscheidung des Obersten Gerichtshofes und des Verwaltungsgerichtshofes. Personalien. Ernennungen und Versetzungen. Erledigungen. Kleine Mittheilungen. Notizen. Neueste Erscheinungen im Buchhandel und der Literatur.

II. **Die Spruchpraxis.** Revue über die Rechtssprechung in den obersten Instanzen der im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder. Herausgegeben von Dr. Anton Riehl, Advokat, Wiener-Neustadt, unter ständiger Mitwirkung einer Reihe anderer Juristen. Die Zeitschrift erscheint 6 mal jährlich (1. Jenner, 1. März, 1. Mai, 1. Juli, 1. September und 1. November). Mit dem 1. Jenner 1889 beginnt sie den 6. Jahrgang. Abonnementspreis 3 fl. 20 kr.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. Dezember 1888. VII. Band. № 22.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter“ erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

INHALT:

Entscheidungen des Handelsgerichtes Zürich.

I.

Kollectivgesellschaft.

Beitragsleistung eines Gesellschafters in Form von Ueberlassung gewisser Sachen (Liegenschaften und Maschinen) an die Gesellschaft. Streit über die Frage, ob es sich um Ueberlassung zu *Eigenthum* oder zum bloßen *Gebrauche* handle (Art. 555 in Verbindung mit 526 und 528 des O.-R.)

Urtheil in Sachen Siegfried ca. Lüßi, vom 26. Oktober 1888.

Zwischen Heinrich Siegfried-Rüegg und Heinrich Lüßi bestand unter der Firma: „Lüßi und Siegfried, Appretur in Seidenstoffen, Gerbergasse 1 Zürich“ eine Kollectivgesellschaft, welche am 1. Juli 1886 ihren Anfang nahm und am 8. Dezember 1886 ins Handelsregister eingetragen wurde. Ein *schriftlicher* Societätsvertrag ist nicht vorhanden. Ende Juni 1887 kündete Lüßi dem Siegfried das Societätsverhältniß auf Ende Dezember und dieser nahm die Kündigung an. Auch nach Ende Dezember 1887, setzte indeß Lüßi, der sich im Besitze sämmtlicher, von der Gesellschaft benutzter Aktiven, sowie von deren Bücher befindet, indem er diese Aktiven einfach weiter benutzte, das Geschäft auf eigenen Namen und eigene Rechnung fort. Siegfried verlangte dann aber Liquidation, dabei kam es zu Differenzen und diese führten zum Prozeß.

Die für das Geschäft erforderlichen *Liegenschaften* und *Maschinen* hatte Lüßi s. Z. in die Societät gebracht und es bestand nun ein Hauptstreitpunkt darin, ob diese Aktiven, wie Siegfried geltend machte, als Eigenthum der Societät betrachtet und somit der Liquidation ebenfalls unterworfen werden müssen oder ob mit Lüßi davon auszugehen sei, daß dieselben von ihm der Gesellschaft *nur miethweise* überlassen worden seien und letztere ihm deßhalb für deren Benutzung eine angemessene Miethzinsentschädigung zu zahlen habe. Die Partheien waren eventuell damit einverstanden, daß für die Berechnung des Miethzinses ein gewisser Prozentsatz des Verkehrswerths maßgebend sei und gingen nur über dessen Höhe auseinander, indem der Kläger Siegfried nur 4 % anerkannte, während der Beklagte Lüßi für die Liegenschaften 6 % und für die Mobilien 10 % des Verkehrswerths in Anschlag bringen wollte.

Das Handelsgericht erkannte:

Die vom Beklagten Lüßi in die Societät Lüßi und Siegfried eingebrachten Liegenschaften und Mobilien sind Eigenthum des Beklagten und es hat die Societät für deren Benutzung dem Beklagten bei den Liegenschaften 6 % des Verkehrswerths von 52,500 Franken und bei den Mobilien 10 % des Verkehrswerths von 24,500 Fr. als Miethzins zu bezahlen.

Gründe:

1. Das schweizerische Obligationenrecht stellt keine rechtliche Vermuthung dafür auf, daß Aktiven, welche ein Gesellschafter in die Societät einbringt, in das Eigenthum und nicht bloß in den Miethbesitz der letztern übergehen, sondern begnügt sich, in Art. 528 zu bestimmen, daß im Falle eines Eigenthumsüberganges die Grundsätze des Kaufvertrages, in demjenigen einer bloßen Ueberlassung des Gebrauchs diejenigen des Miethvertrages entsprechende Anwendung finden. Es hat sich also der Richter jeweilen gemäß den Umständen des speziellen Falles für das eine oder andere zu entscheiden, wenn auch allerdings im Zweifel eher für die Eigenthumsübertragung resp. käufliche Ueberlaßung (siehe Schneiders Commentar zu Art. 526 Zif. 3). Letzteres ist nun aber hier bezüglich der *Liegenschaften* dadurch ausgeschlossen, daß der Eigenthumsübergang der kanzleiischen Fertigung und der Kaufvertrag der schriftlichen Form bedarf und weder das eine noch das andere dieser Erfordernisse vorhanden ist. Bezüglich dieser muß daher von vornherein für eine miethweise Ueberlaßung entschieden werden. Da aber die Liegenschaften dem bestimmten Zwecke der Betreibung eines Appreturgeschäftes dienen und sich nur mit Verlust für ein anderes Geschäft einrichten lassen und ebenso auf der andern Seite die Maschinen gerade für diese Gebäulichkeiten und dieses Geschäft passen und ebenfalls nur mit Nachtheil anderswo Verwendung finden könnten, so darf es nicht als in der Absicht der Gesellschafter liegend angenommen werden, die Maschinen der Gesellschaft zu Eigenthum abzutreten, während die Liegenschaften ihr nur miethweise überlassen sind. Ein weiteres Moment für die bloß miethweise Ueberlassung liegt darin, daß unbestrittenermaßen eine Einigung über den Kaufpreis nicht erfolgt ist, denn es ist ganz unwahrscheinlich, daß wenn eine kaufsweise Ueberlaßung beabsichtigt gewesen wäre, man dieß unterlassen hätte, etwa in der Meinung, daß der Preis durch einen unpartheiischen Dritten ausgemittelt werde, weil eine derartige Vereinbarung in der Praxis nur da vorzukommen pflegt, wo dieser Preis entweder leicht auszumitteln oder der verkaufte Gegenstand von unbedeutendem Werthe ist, während es sich hier umgekehrt um Dinge handelt, deren sehr bedeutender Werth je nach der subjektiven Anschauung sehr verschieden taxirt wird. Der Beklagte (Lüßi) führte zwar in der von ihm aufgestellten Jahresrechnung vom 30. Juni 1886 bis 30. Juni 1887 die von ihm eingebrachten Gebäulichkeiten und Maschinen unter den Aktiven der *Firma*, also als deren Eigenthum auf, aber zu dem von ihm beanspruchten hohen Preise, mit welchem der Kläger sich nicht einverstanden erklärte. Dieser Umstand zeigt daher nur, daß der Beklagte geneigt gewesen wäre, sie zu diesem Preise der Firma käuflich zu überlassen, keineswegs aber kann daraus der Schluß gezogen werden, daß er sie überhaupt, d. h. zu einem durch Dritte festzusetzenden Preise der Firma habe überlassen wollen oder daß dieses letztere schon vorher vereinbart gewesen sei. Ebensowenig schlüßig ist selbstverständlich, daß ein Parquetboden, der in den Gebäulickkeiten gelegt wurde, der Firma belastet worden sein soll.

2. Es ist daher das Rechtsbegehren des Klägers, daß die vom Beklagten eingebrachten Aktiven als der Gesellschaft gehörig betrachtet und demnach liquidirt werden, zu verwerfen und kann es sich daher bezüglich dieser Gegenstände nur noch darum handeln, welche Miethzinsentschädigung die Societät für deren Benutzung dem Beklagten zu zahlen hat. Die Parteien sind darüber einig, daß für die Berechnung dieser Entschädigung ein gewisser Prozentsatz des Verkehrswerthes maßgebend sei und streiten sich nur, einerseits über die Höhe dieses Prozentsatzes und anderseits über den Verkehrswerth. Was den

letztern betrifft, so legt der Gerichtsexperte den Liegenschaften einen Verkehrswerth von 56,344 Fr. bei, geht also noch höher als der Beklagte selbst, welcher bloß 52,500 Frkn. annimmt, woraus folgt, daß dieser letztere Ansatz der Berechnung der Miethzinsentschädigung zu Grunde gelegt werden muß. Die Maschinen und Mobilien haben nach der Expertise einen Verkehrswerth von 21,300 Frkn. Diese Schatzung beschlägt aber den zur Zeit der Schätzung selbst (8. Mai 1888) vorhandenen Werth. Es ist nun aber nicht dieser Werth, sondern der bei Eingehung der Societät vorhandene der Miethzinsentschädigung zu Grunde zu legen. Dieser letztere ist selbstverständlich wegen der seitherigen Abnutzung ein höherer, d. h. er übersteigt, da diese Abnutzung nach der Expertise 8 % per Jahr ausmacht, den Werth per 8. Mai 1888 um etwa 15 % und beträgt somit rund 24,500 Fr.

3. Wenn der Experte den Prozentansatz des Verkehrswerths, welcher der Ausmittlung des Miethzinses zu Grunde zu legen ist, bezüglich der Liegenschaften auf 6 % veranschlagt, so ist ihm vollkommen beizustimmen; denn wenn auch der landesübliche Zins heutzutage nur noch 4 % beträgt, so ist doch nicht außer Acht zu lassen, einerseits, daß auch für Abnutzung etc. ein gewisser Prozentsatz hinzukommt und dieser bei Fabrikgebäulichkeiten größer ist als bei Wohnhäusern und anderseits, daß es sich hier um kaufmännische Verhältnisse handelt, in welchen der Zins immer etwas höher angesetzt wird. Für die Mobilien ist der vom Beklagten verlangte Ansatz von 10 % eher zu niedrig als zu hoch, da der Experte bei den, den größten Theil derselben bildenden Maschinen die Abnutzung für sich allein auf 8 % veranschlagt.

II.
Haftpflicht
der Gesellschafter für Schaden, den sie der Gesellschaft durch Verschulden zugefügt haben.
(Art. 555 in Verbindung mit 538 des O.-R.)
(Auszug aus dem obigen Urtheil vom 26. Oktober 1888.)

Im vorerwähnten Fall stritten sich die Parteien auch darüber, ob der Kläger Siegfried verpflichtet sei, sich mit dem von der Firma an einen Heinrich Klemens in Außersihl geschuldeten, resp. bezahlten Lohn von einstweilen 1230 Fr. 45 als Lohn bis 7. April 1888 in der Gesellschaftsrechnung belasten zu lassen. Der Beklagte Lüßi verlangte diese Belastung deßwegen, weil Siegfried den genannten Klemens am 16. Mai 1887 *eigenmächtig* als Appreteur auf *3 Jahre fest* mit einem Gehalt von 65 Fr. per 14 Tage engagirt hatte, derselbe aber, weil der Arbeiter Ruppert, an dessen Stelle er treten sollte, im Geschäfte verblieb, seinen Dienst nie antreten konnte und von der Firma dennoch, worüber beide Parteien einverstanden waren, bezahlt werden mußte. Siegfried bestritt die Belastung, weil Lüßi die Anstellung des Klemens nachträglich gebilligt habe und weil Ruppert, an dessen Stelle der letztere treten sollte, mit Recht hätte entlassen werden sollen, weil seine Leistungen ungenügend und sein Betragen geschäftsstörend gewesen sei, welcher Entlassung sich aber Lüßi widersetzt habe.

Das Gericht erkannte, daß sich Siegfried mit den 1230 Fr. 45 belasten lassen müsse.

Gründe:

Die Parteien sind darüber einig, daß dem Klemens, trotzdem er seinen Dienst nie antrat, der volle ausbedungene Lohn zustehe und streiten sich nur darüber, ob diese unnütze Auslage, welche bis 7. April 1888 1230 Fr. 45 zu betragen hat, der Firma oder dem Kläger allein zu belasten sei. Das letztere erscheint als das richtigere, denn der Beklagte macht mit Recht geltend, daß die eigenmächtige Anstellung des Klemens für drei Jahre, während der Societätsvertrag halbjährlich kündbar war und Ruppert, an dessen Stelle Klemens treten sollte, dieselbe ganz gut versah, gegen die Gesellschaftspflichten verstoßen habe und daher den Kläger zum Schadenersatz verpflichte. Allerdings wird nun geltend gemacht, der Beklagte habe die Anstellung des Klemens nachträglich genehmigt und da eine solche Genehmigung der von vornherein ertheilten Zustimmung gleichkäme, so ist klar, daß sie der klägerischen

Handlungsweise den Charakter der Pflichtverletzung benommen hätte und folglich an sich erheblich ist. Allein die Behauptung ist bestritten und nicht bewiesen. Die Aeußerungen und Handlungen des Lüßi, aus denen die Genehmigung der Anstellung abgeleitet wird, sind nicht schlüssig in diesem Sinne. Sie beweisen nur, daß Lüßi, weil der Vertrag mit Klemens ja selbstverständlich auch ohne seine Zustimmung *für die Firma* verbindlich war, dem letztern gegenüber diese Rechtspflicht anerkannte und derselben Vollzug verschaffte oder verschaffen wollte, was er sehr wohl thun konnte, ohne den Vertrag selbst zu billigen und auf sein Recht, den Kläger für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich zu machen, zu verzichten. Die weitere Thatsache, daß der Arbeiter Ruppert, an dessen Stelle Klemens treten sollte, mit Recht hätte entlassen werden sollen, weil seine Leistungen ungenügend und sein Betragen geschäftsstörend gewesen, würde den Kläger nur theilweise entlasten; denn er hätte den Klemens unter keinen Umständen *für so lange Zeit* fest engagiren sollen. Allein auch die theilweise Entlastung fällt weg, weil die Thatsache selbst bestritten und der vom Kläger für ihre Richtigkeit angetretene Beweis vollständig mißlungen ist.

Entscheidungen
des
Handelsgerichtes Aarau.

I.
Kauf.

Klage auf Zahlung des Preises. Einwendung, daß es sich nicht um einen *festen* Kauf, sondern bloß um einen Kauf auf Besicht handle (Art. 269 des O.-R.), die Genehmigung der Kaufsache aber nicht erfolgt sei. Verspätete Mängelrüge (Art. 246 d. O.-R.).

(Urtheil vom 23. Oktober 1888
in Sachen *Katz* contra *Blattmann*.)

Der Kläger sandte dem Beklagten am 24. Dezember 1885 373 Pfund Saazer Hopfen und verlangt nun Bezahlung des Kaufpreises mit 1 Fr. 30 per Pfund, was eine Klagesumme von 484 Fr. 90 ausmacht, indem er behauptet, daß die Sendung auf eine Bestellung des Beklagten vom 5. Dezember 1885 hin gemacht worden sei. Im Fernern ist die Klage auf Rückgabe des Blechcylinders, in welchem der Hopfen verpackt war, eventuell auf Ersatz seines Werthes mit 62 Fr. 50 und auf Bezahlung eines Miethzinses von 10 Fr. per Jahr für den Gebrauch des Cylinders seit der Lieferung gerichtet. Der Beklagte will den Cylinder zurückgeben, aber auch die Hopfen, denn er habe diese nicht *fest* gekauft, sondern sie seien ihm als Muster d. h. in der Meinung zugesandt bezw. aufgedrängt worden, daß er damit eine Probe machen solle, und wenn dieselbe nicht gut ausfalle, die Hopfen zurückgeben könne (Art. 269 des O.-R.). Kläger habe versichert, daß sich die Hopfen 3—4 Jahre aufbewahren lassen und bemerkt, er übernehme alle Verantwortlichkeit, wenn dieselben nicht ganz vorzüglich seien und der Beklagte sie nicht brauchen könne. Er betrachte die Sendung als eine Lieferung auf Probe. Nun entspreche die Qualität den Erwartungen durchaus nicht. Der Hopfen sei nicht Saazer Hopfen feinster Qualität, er rieche stark nach Schwefel und sei unbrauchbar.

Das Gericht hiess die Kaufpreisklage im reduzirten Betrage von 428 Fr. 95 sammt 5 % Zins seit 16. November 1887 gut und verpflichtete den Beklagten zur Rückgabe des Cylinders oder Ersatz seines Werthes mit 40 Fr., wies dagegen die Miethzinsforderung ab.

Gründe:

1. Der Kläger hat für die hier entscheidende Behauptung, daß Beklagter den Cylinder Hopfen am 5. Dezember 1885 fest bestellt habe, den Zeugenbeweis angetreten und es ist derselbe gelungen. Der Zeuge Hans Bürchler spricht sich, wenn freilich etwas gewunden, dahin aus: soweit ihm erinnerlich, sei eine *feste* Bestellung gemacht worden, wenigstens entsinne er sich nicht, daß von Probebestellung gesprochen worden sei; er glaube von einem Preise von 130—140 Fr. gehört zu haben. Der frühere Braumeister des Beklagten, Alois Späth, äußert sich da-

gegen bestimmter dahin: er nehme an, daß Blattmann *fest* bestellt habe und nicht auf Probe; als derselbe später bei einem andern Hopfenhändler wieder Hopfen habe bestellen wollen, habe er, Späth, eingewendet, man brauche keinen Hopfen mehr, da solcher ja bei Katz bestellt worden, worauf Blattmann entgegnet habe: das mache nichts, er wolle das Geschäft poussiren, damit etwas „laufe", er wolle den Unterschied in der Verwendung sehen. Der Beklagte hat gegen die Aussagen dieses Zeugen nichts eingewendet und es ist auch kein Grund vorhanden, an der Glaubwürdigkeit desselben zu zweifeln. In der Klageinlassung macht der Beklagte das Zugeständniß, der von Nürnberg eingetroffene und der von Katz gesandte Cylinder seien bei ihrer Ankunft im Dezember 1885 vom Braumeister geöffnet worden, wie ihm dieß laut Anstellungsvertrag bei Empfang von Waaren für die Brauerei vorgeschrieben sei. Der Zeuge Seckinger will bei diesem Anlasse vom Braumeister noch die Bemerkung vernommen haben, er möchte für das aus dem Cylinder Hopfen des Katz zu brauende Bier nicht garantiren. Aus diesen Vorkommnissen ist zu folgern, daß der Beklagte sich bewußt war, daß die Bestellung eine feste und er zur Untersuchung der Waare im Sinne des Art. 246 des O.-R. verpflichtet, die Reklamation beim Kläger jedoch unterblieben sei.

2. Anderseits muß der Beweis für die Einwendung des Beklagten: der Kläger habe im Herbst 1886 durch entsprechende Aeußerungen gegenüber dem Beklagten den Cylinder Hopfen als eine Probesendung erklärt, als mißlungen betrachtet werden. Zwar bezeugt der Zeuge Seckinger, Katz habe auf die Bemerkung Blattmanns, der Cylinder Hopfen sei noch nicht angegriffen, erwidert: das mache nichts, wenn er gut aufbewahrt sei, könne man ihn nach 2 Jahren noch brauchen; wenn der Hopfen nicht gut sei, so nehme er, Katz, ihn wieder zurück. Diese Bemerkung des Klägers könnte geeignet sein, anzunehmen, daß derselbe auf die Reklamationsfrist des Art. 246 des O.-R. verzichtet und diese verlängert habe, oder auch, daß die beklagtische Behauptung einer bloßen Probesendung richtig sei. Allein diese Zeugenaussage entbehrt offenbar der Glaubhaftigkeit. Es ist ganz undenkbar, daß der Kläger die Bestellung vom 5. Dezember 1885, von der erwiesen ist, daß sie eine feste war, im Herbst 1886 in einen Kauf auf Probe umgewandelt habe. Die Angabe des Zeugen steht vereinzelt da und ist um so unglaubwürdiger, als die Zeugen Seckinger und Liemann in ihren Aussagen wesentlich abweichen und hier der letztere als der unbefangere Zeuge erscheint.

3. Ist die Bestellung eine feste, so hätte der Beklagte nach Art. 246 des O.-R. die Beschaffenheit der Waare unverzüglich prüfen und dem Verkäufer von allfälligen Gewährsmängeln sofort Anzeige machen sollen. Dieser Verpflichtung ist derselbe aber nicht nachgekommen, denn er hat den Cylinder Hopfen am 24. Dezember 1885 empfangen und dem Kläger erst am 18. Oktober 1887 von der Bemängelung der Waare Kenntniß gegeben. Die Reklamation ist somit verspätet und gilt die Waare als genehmigt.

4. Ueber den Preis des Hopfens sprechen sich die Zeugen entweder gar nicht oder doch nur sehr unbestimmt aus. Bei dieser Unvollständigkeit der Kaufsabrede und beim Mangel jeder Preisangabe in den Fakturen, ist der Preis gemäß Art. 261 des O.-R. zu bestimmen. Dießfalls ist das von einem kaufmännischen Mitgliede des Gerichtes über den Zustand der Waare erstattete Gutachten erheblich. Dasselbe sagt, der jetzt unbrauchbare und werthlose Hopfen sei nicht Saazer Hopfen, sondern eine theilweise mit Ruß behaftete Mittelwaare, deren Ursprung heute mit Sicherheit nicht mehr nachgewiesen werden könne. Der mittlere Marktpreis solcher Waare habe im Dezember 1885 112—115 Fr. per Zentner betragen. Das Gericht will die letztere Summe acceptiren und somit den Kaufpreis auf 428 Fr. 95 Rp. (273 Pfund × 1 Fr. 15 = 428 Fr. 95) feststellen.

5. Die Verpflichtung zur Restitution oder Werthvergütung des Cylinder ist selbstverständlich, die bezügliche Forderung aber übersetzt und auf 40 Fr. zu reduziren.

Ein Miethzins für den Gebrauch des Cylinders ist weder vertraglich bedungen, noch sonst gerechtfertigt.

6. Da die eingeklagte Forderung erheblich

gemindert wird, so folgt schon daraus eine entsprechende Kostentheilung. Diese muß aber nach der Sachlage noch weiter gehen. Offenbar hat sich der Kläger gegenüber dem Beklagten einer Täuschung schuldig gemacht, wenn er ihm statt der versprochenen Saazer Hopfen feinster Qualität bloß solche Mittelwaare, wie sie das Gutachten beschreibt, geliefert hat. Die klägerischerseits in der Schlußverhandlung vorgebrachte Berichtigung, es sei bei der Bezeichnung der Waare in der Klage ein Irrthum unterlaufen, indem nicht Saazerhopfen, sondern „Saazerlandhopfen" geliefert worden sei, kann an dieser Auffassung nichts mehr ändern. Dieser Verstoß gegen Treue und Glauben, welche den Handelsverkehr beherrschen sollen, muß dadurch seine Ahndung finden, daß der Kläger nach freiem Ermessen des Richters mit einem erheblichen Theile der Kosten belastet wird.

Anmerkung. Nach der Schlußerwägung sollte man meinen, es hätte der Art. 247 des O.-R. zur Anwendung gebracht werden sollen.

II.

Forderung aus Wechselversprechen.

Einrede des theilweisen Schuldnachlaßes. Streit über die Perfection des Nachlaßvertrages. Anwendung von Art. 2 des O.-R.
(Urtheil vom 23. Oktober 1888,
i. S. Heilig ca. Häfliger.)

Der Kläger machte dem Beklagten Mehllieferungen und dieser acceptirte für den Kaufpreis zwei am 15. Oktober und 9. November 1886 von jenem auf ihn gezogene Wechsel im Betrage von 2885 Fr. per 15. Dezember 1886 und 3100 Fr. per 9. Jenner 1887. Am 2. Jenner 1887 erhielt Kläger vom Beklagten eine Accommodementsofferte und sprach darauf mit Brief vom 12. Febr. die Geneigtheit aus, sich ohne Rücksicht auf die Vereinbarungen des Beklagten mit andern Gläubigern, mit 40 % und unter Sicherung des terminirten Theils der Forderung durch die Bürgen Müller Oeschger in Klein-Laufenburg, Kunstmühlenbesitzer Hättenschwiler in Goldach und Kunstmüller Schneider in Thiengen abfinden zu lassen. Als Antwort darauf schickte der Beklagte dem Kläger mit Brief vom 2. März das an seine übrigen Gläubiger versandte Circular, enthaltend den Entwurf eines mit diesen zu vereinbarenden Accommodements. In diesem Entwurf werden 35 % anerboten, wovon 20 % sofort und 15 % in 6 verzinslichen und verbürgten Jahresterminen zahlbar. Ferner sind darin die Bestimmungen enthalten:

1. Daß das terminirte Restguthaben fällig werde, wenn der Schuldner vor Abzahlung desselben in Geldstag falle, und
2. daß die Ehefrau des Schuldners auf Sicherstellung ihrer Frauengutsforderung verzichte.

Das später mit den übrigen Gläubigern vereinbarte Accommodement stimmt mit diesem Entwurfe überein, *enthält jedoch diese zwei letztern Bestimmungen nicht mehr.* Mit Brief vom 4. März antwortete der Kläger: „In Erwiderung Ihres werthen vom 2. dieß will ich nunmehr, um Sie an einem außergerichtlichen Abkommen mit Ihren Gläubigern nicht zu verhindern, in der mit diesen vereinbarten Form nach dem mir übermachten dießfälligen Schriftstück beitreten in der Voraussetzung, daß Ihr Schwiegervater Oeschger und Ihr Schwager Hättenschwyler sowie Kunstmüller Schneider in Thiengen für die richtige Bezahlung der 15 %igen Terminzahlung die sammtverbindliche Bürgschaft übernehmen." Auf diesen Brief hin schickte der Beklagte dem Kläger die sofort in baar zu zahlenden 20 % seiner Gesammtforderung von 5985 Fr. (2885 plus 3100 Fr.) mit 1197 Fr. Am 26. März bescheinigte Kläger den Empfang dieses Betrages und bezifferte seine Restforderung auf rund 900 Fr. (15 % der Gesammtforderung von 5985 Fr.). Bezüglich dieses Betrages legte derselbe seinem Briefe den Entwurf eines Schuldscheines bei mit dem Begehren, daß Beklagter solchen unterzeichne. Dem Schuldbekenntniß war hier, wie im Entwurfe zum Nachlaßvertrag, beigefügt, daß das terminirte Restguthaben von 900 Fr. fällig werde, wenn Häfliger vor Abzahlung desselben in den Geldstag falle. An Stelle der im Accommodemententwurf enthaltenen Bestimmung, daß die Ehefrau des

Schuldners auf Sicherstellung ihrer Frauengutsforderung verzichte, war hier die selbständige direkte Verpflichtung der Frau für die Schuld aufgenommen und sollte sie deßhalb den Schuldschein ebenfalls unterzeichnen. Im Weitern forderte der Kläger die Bezahlung von 47 Fr. Spesen und die Beglaubigung aller Unterschriften entweder durch den großherzoglichen Notar in Waldshut oder den Bezirksamtmann in Zurzach. Im Entwurf zum Schuldschein ist an Stelle des Kunstmüllers Hättenschwyler der Sägebesitzer J. Meier in Gontweil als Bürge aufgeführt. Es kam nicht zur Unterzeichnung der Schuldurkunde und schließlich klagte der Kläger einfach seine ursprüngliche Gesammtforderung von 5985 Fr. abzüglich der empfangenen 1197 Fr., also den Betrag von 4788 Fr. — ein und verlangte, gestützt auf die Accepte des Beklagten, die von ihm nicht eingelöst worden waren, Anordnung sofortiger wechselrechtlicher Execution. Der angestrengte Nachlaßvertrag sei nicht zu Stande gekommen, weil an Stelle des von ihm verlangten Bürgen Hättenschwyler der Bürge Meier getreten sei und Beklagter später weder den ihm zugestellten Schuldschein unterzeichnet, noch, was alternativ neben der Unterzeichnung verlangt worden sei, die 15 % *baar* bezahlt habe. Dem entgegen behauptete der Beklagte, daß ein Nachlaßvertrag zu Stande gekommen sei. Die durch Novation theilweise nachgelassene Schuld sei nicht wechselrechtlich klagbar, auf die Wechselklage somit nicht einzutreten und die Forderungsklage, soweit sie den Betrag von 900 Fr. übersteige definitiv, soweit sie aber mehr als $^1/_6$ der letztern Summe gleich 150 Fr. und einen Zins von 45 Fr. verlange, zur Zeit abzuweisen.

Das Gericht erkannte:

1. Die Wechselklage ist unstatthaft.
2. Die Klageforderung ist, soweit sie den Betrag von 900 Fr. übersteigt, definitiv abgewiesen.
3. Der Beklagte hat die Restforderung aus dem Accommodement im Betrage von 900 Fr. nebst Zins à 5 % seit 23. März 1887 baar an den Kläger zu bezahlen.

Gründe:

1. Die Anhängigmachung der Klage beim Handelsgericht schließt den Verzicht auf das wechselrechtliche Prozeßverfahren ein. Die Handelsgerichtsordnung kennt das summarische Verfahren des Wechselprozeßes nicht und es sind daher alle Wechselstreitigkeiten, also auch diejenigen, bei welchen sonst die Voraussetzungen der §§ 14 und 15 der Handelsgerichtsordnung zutreffen nach den Vorschriften der frühern aargauischen Wechselordnung (§§ 53 bis 64 dieses Gesetzes) zu verhandeln und zu entscheiden.

2. In der Hauptsache selbst ist folgendes in Betracht zu ziehen. Der Beklagte anerkennt, dem Kläger 5985 Fr. schuldig geworden zu sein, behauptet aber, daß diese Schuld durch Nachlaßvertrag um 65 % reduzirt, also auf 35 % herabgemindert worden sei und beruft sich dafür auf die vorliegende Correspondenz, während der Kläger für das Nichtzustandekommen des Nachlaßvertrages auf das nämliche Beweismaterial abstellt.

Es muß nun mit dem Beklagten davon ausgegangen werden, daß ein perfecter Nachlaßvertrag zu Stande gekommen sei. Mit seinem Briefe vom 4. März 1887 hat der Kläger erklärt, daß er dem ihm vom Beklagten am 2. März zugestellten Accommodementsentwurf, der *im Wesentlichen* mit der später zwischen Häfliger und seinen übrigen Gläubigern getroffenen Vereinbarung übereinstimmt, vorbehältlich der Bürgschaftsverpflichtung bestimmter Personen für die terminirten 15 % zustimme, damit aber war die Uebereinstimmung über alle wesentlichen Punkte des Nachlaßvertrages gegeben und kann der Umstand, daß, wie bereits angedeutet, der von den übrigen Gläubigern unterzeichnete Nachlaßvertrag mit dem vom Kläger genehmigten Entwurfe nicht *völlig* übereinstimmt, nicht ausschlaggebend sein, weil die Differenzen unwesentlicher Natur sind, sich auf Nebenpunkte beziehen, über welche der Richter nach Art. 2 des O.-R. nach der Natur des Geschäftes entscheiden darf.

4. Aus dem Briefe des Klägers vom 26. März geht klar hervor, daß er die bedungene Baarzahlung von 20 % der Vergleichsumme

mit 1197 Fr. in der Absicht in Empfang nahm, den Nachlaß zu genehmigen, beziffert er doch die Restsumme seines Guthabens an den Beklagten ausdrücklich auf den in 6 Terminen, verzinslich à 5 % zu bezahlenden Betrag von 900 Fr. Hätte er die Zustimmung verweigern wollen, so wäre er zur Rücksendung der Baarsumme verpflichtet gewesen.

5. Allerdings verlangte der Kläger im gleichen Briefe vom Beklagten die Unterzeichnung der beigelegten Schuldurkunde, die Bezahlung von 47 Fr. Spesen und die Beglaubigung aller Unterschriften, allein die Spesen sind bezahlt, die Beglaubigung der Unterschriften auf dem mit den Gläubigern abgeschlossenen Nachlaßvertrag hat anerkanntermaßen stattgefunden und die Nichtunterzeichnung des Schuldscheins ist gleichgültig. Zunächst ist zu betonen, daß dieser selbst statt des Bürgen Hättenschwiler den Bürgen Meier aufführt, woraus doch wohl folgt, daß Kläger auf den erstern verzichtet und den letztern genehmigt hat. Ohnehin konnte nach dem Accomodement nur solide Bürgschaft gefordert werden und hat der Kläger die Zahlungsfähigkeit der Bürgen Oeschger, Schneider und Meier nicht beanstandet. Dadurch, daß Kläger im Entwurf der Schuldurkunde der Bestimmung des Accomodementsentwurfs, es habe die Ehefrau des Beklagten auf die Sicherstellung ihres Frauenguts zu verzichten, die förmliche Mitverpflichtung der letztern für den Rest der Vergleichssumme substituirte, hat er auf erstere verzichtet und dafür eine nach aargauischem Recht unmögliche Verpflichtung verlangt, weil sich die Ehefrau eines aufrechtstehenden Ehemannes nicht als Schuldnerin verbindlich machen kann.

6. Da die Terminforderungen durch solide Bürgschaft gesichert und verzinslich sind, ist die Bedingung der Fälligkeit beim Eintritt des Geldstages des Beklagten nicht von besonderem Belang. Das Gleiche gilt vom Verzicht auf die privilegirte Frauengutshälfte. Immerhin hätte der Kläger in seiner dießfälligen Correspondenz mit dem Beklagten und in seinen Parteianbringen, die nur den Wegfall des Bürgen Hättenschwyler beanstanden, diese Bestimmungen hervorheben und dem Beklagten damit Gelegenheit zur nachträglichen Beibringung des Fehlenden geben sollen. Sein Vorgehen war ein Inkorrektes, wenn er immer nur auf die Ausfertigung der Schuldurkunde drängte und dadurch dem Beklagten zumuthete, in Rücksicht auf die Mitverpflichtung der Frau Häfliger etwas rechtlich Unmögliches einzugehen.

7. Wenn nun aber auch nach dem Gesagten die Verbindlichkeit des Accomodement grundsätzlich anzuerkennen ist, so muß doch in Anbetracht der erwähnten Nebenpunkte über die keine Willenseinigung der Parteien besteht, im Sinne des Art. 2 des O.-R. richterlich bestimmt werden, daß das Restguthaben baar an den Kläger zu bezahlen sei, was der Beklagte in der spätern Korrespondenz auch in Aussicht stellte.

Provisionsforderung eines Liegenschaftenagenten.

Ableitung einer stillschweigenden vertraglichen Vereinbarung auf Bezahlung von 1 % Provision des erzielten Kaufpreises aus dem angeblichen Bestehen einer dießfälligen Uebung. Verwerfung dieses Standpunktes durch das Gericht.

(Obergericht Zürich, Appellationskammer,
27. Oktober 1888,
i. S. Roßhardt ca. Franceschetti & Schenker.

Zwei Miteigenthümer eines städtischen Wohnhauses übergaben den Verkauf desselben einem Liegenschaftenagenten, wie sie behaupten gegen Zusicherung einer Provision von 1/2 % des Kaufpreises, falls durch seine Vermittlung ein Kauf zu Stande komme, wie dagegen der Agent geltend macht, ohne Fixirung eines bestimmten Provisionsansatzes und vielmehr in der stillschweigend vorausgesetzten Meinung, daß einfach der übliche Ansatz verrechnet werden könne. Es gelang dem Agenten, einen Käufer zu finden, den Kaufsabschluß zu vermitteln und den Vertrag in Schrift zu verfassen. Da ein Kaufpreis von 98,000 Fr. erzielt wurde, verlangte der Agent eine Vermittlungsprovision von 980 Fr.

(= 1 % des Kaufpreises) die Verkäufer anerkannten aber nur 500 Fr. und bestritten die Mehrforderung. Es kam zum Prozeß. Beide Instanzen wiesen den Agenten mit seiner Mehrforderung ab und erklärten, daß er sich mit den anerkannten 500 Fr. begnügen müsse.

Gründe:

1. Dafür, daß sich die Parteien s. Z. *ausdrücklich* über die Größe des zu zahlenden Honorars vereinbart haben, liegt nichts vor, denn der Kläger selbst hat angegeben, ein fester Ansatz sei nicht vereinbart worden und die Beklagten haben es unterlassen, für die Richtigkeit ihrer Behauptung, daß sich Kläger mit einer Provision von ½ % des Kaufpreises zufrieden gegeben habe, Beweis zu offeriren.

2. Unter diesen Umständen kann es sich fragen, ob die Parteien nicht, — wie der Kläger behauptet, — *stillschweigend* über einen Honoraransatz von 1 % des Kaufpreises übereingekommen seien. Dieß könnte dann angenommen werden, wenn, wie geltend gemacht wird, eine allgemein anerkannte Uebung dahin gehend bestände, daß demjenigen, der gemäß erhaltenem Auftrag den Verkauf einer Liegenschaft vermittelt, vom Verkäufer als Entschädigung für seine Bemühungen 1 % des Kaufpreises vergütet werde, das Bestehen einer derartigen Uebung ist aber nicht nachgewiesen.

3. Der Kläger hat sich erstinstanzlich dafür auf die Praxis, eventuell auf Expertise berufen und zweitinstanzlich Bescheinigungen von 4 hiesigen Geschäftsmännern beigebracht, welche sich berufsmäßig mit der Vermittlung von Liegenschaftenverkäufen beschäftigen. Allein vorerst berechtigt die Thatsache, daß einzelne Geschäftsmänner für die Besorgung solcher Geschäfte sich von ihren Auftraggebern als Honorar regelmäßig 1 % des Kaufpreises vergüten lassen, nicht ohne Weiters zu der Annahme, es bestehe eine allgemein anerkannte Uebung in diesem Sinne und es müsse somit Jeder, der einen Verkaufsauftrag ertheile, zum Voraus sich dessen bewußt sein, daß ihm, falls der Auftrag zur Ausführung gelange, vom Beauftragten ein Honorar in solchem Betrage werde in Rechnung gebracht werden; im Fernern hätte, damit der Beweissatz als erheblich angesehen werden könnte, in demselben gesagt sein müssen, es werde das fragliche Honorar vergütet, gleichviel, ob die Bemühungen des Beauftragten bei Ausführung des Auftrages groß oder klein gewesen seien; aus den Akten ist nämlich nicht ersichtlich, daß der Kläger für Ausführung des ihm von den Beklagten ertheilten Auftrages mehr gethan habe als daß er seinen Mandanten einen Kaufslustigen zuführte, den mündlichen Abschluß des Kaufvertrages vermittelte und nachher den Vertrag in Schrift verfaßte, selbstverständlich würde aber eventuell daraus, daß für die Vermittlung eines Vertragsabschlusses sei es nach Gesetz oder Uebung *auf den Fall, als dieselbe dem Vermittler viele Bemühungen verursacht*, ein gewisses Honorar zugesichert worden ist, nicht ohne Weiters folgen, daß dieses Honorar auch unter der Voraussetzung angesprochen werden dürfte, als der Vermittler den Vertragsabschluß *ohne erhebliche Bemühungen* hat zu Stande bringen können.

4. Ohne das Bestehen einer hier maßgebenden Uebung ist die Größe des von den Beklagten dem Kläger geschuldeten Honorars nach richterlichem Ermessen zu bestimmen, dieses aber kann nicht dazu führen, die klägerische Forderung in höherem Betrage gutzuheißen, als es erstinstanzlich geschehen ist.

Oertliche Rechtsanwendung.

Die äußere Form eines im Kanton Zürich über eine Liegenschaft im Kanton St. Gallen abgeschlossenen Kaufvertrages ist nach St. Gallischem Recht zu beurtheilen (§ 5 des Z. P. R.)

Obergericht Zürich, Appellationskammer,
3. November 1888,
in Sachen Jucker ca. Hottinger.

Die Entscheidung der Frage, ob ein im Kanton Zürich über eine Liegenschaft in Rapperswyl (Kt. St. Gallen) abgeschlossener Kaufvertrag gültig sei oder nicht, hing davon ab, ob man für die äußere Form des

Rechtsgeschäftes die Beobachtung des zürcherischen, als des am Vertragsschlußorte geltenden, oder aber des St. Gallischen, als des an demjenigen Orte geltenden Rechtes verlange, an welchem die den Gegenstand des Kaufes bildende Liegenschaft gelegen ist. Bei Anwendung des zürcherischen Rechtes mußte im Sinne der Gültigkeit des Vertrages entschieden werden, weil dieses einfach die Beobachtung der schriftlichen Vertragsform fordert und der bezügliche Vertrag in der That auch in Schrift verfaßt worden war, bei Anwendung des St. Gallischen Rechtes dagegen war die Gültigkeit des Vertrages ausgeschlossen, weil das St. Gallische Gesetz betreffend Handänderungen von Liegenschaften vorschreibt, es müssen Kaufverträge über Liegenschaften zuerst im Entwurf, Strazze genannt, vom Gemeindrathsschreiber aufgenommen, in ein eigenes hiefür bestimmtes Protokoll eingetragen und hernach vom Gemeindrate anerkannt werden, wobei es die Meinung hat, daß erst die gemeinderäthliche Anerkennung der ins Protokoll aufgenommenen Strazze eine Erfüllungsklage gewährt, diese Formalitäten aber in concreto nicht erfüllt worden sind. Der über die Frage der örtlichen Rechtsanwendung bezüglich der äußern Form eines Rechtsgeschäftes handelnde § 5 des neuen privatrechtlichen Gesetzbuches von Zürich, welcher in concreto maßgebend war, lautet:

„Die äußere Form eines Rechtsgeschäftes oder einer Rechtshandlung wird *in der Regel* nach dem Rechte des Ortes bestimmt, wo das Rechtsgeschäft abgeschlossen oder die Rechtshandlung vorgenommen worden ist. Im Interesse des Bestandes eines Rechtsgeschäftes kann indessen eine im Ausland vorgenommene Handlung als gültig anerkannt werden, auch wenn zwar nicht den dortigen Rechtsformen, wohl aber den hierorts für solche Geschäfte vorgeschriebenen formellen Erfordernissen ein Genüge geschehen ist."

„Vorbehalten bleibt die Ungültigkeit derjenigen Handlungen, welche zur Umgehung der hier nothwendigen Rechtsformen außerhalb des Kantons, wenn auch in einer auswärts genügenden Form, vorgenommen worden *oder für welche aus öffentlichen Rücksichten, damit sie im Kanton wirksam werden, bindende Vorschriften erlassen worden sind* (z. B. Pfandrechte an Fahrniß, Leibdingsverträge)."

Beide Instanzen erklärten, es hätten die nach *St. Gallischem Recht* für die Gültigkeit und Klagbarkeit von Liegenschaftenkäufen erforderlichen Formalitäten beobachtet werden sollen und es sei somit der Kauf, da dieß nicht geschehen, ungültig.

Gründe:

Die Anwendbarkeit des zürcherichen Rechtes auf die äußere Form des fraglichen Kaufvertrages müßte dann gestattet und derselbe somit geschützt werden, wenn der § 5 die unumstößliche Rechtsregel aufstellte, daß im Kanton Zürich nach den Formen des zürcherischen Rechts abgeschlossene Rechtsgeschäfte *immer und unter allen Umständen* zu schützen seien. Dieß ist indeß nicht der Fall, wie schon aus dem Wortlaut der fraglichen Gesetzesbestimmung hervorgeht und daraus erwächst dem zürcherischen Richter ohne Weiteres das Recht, die Gültigkeit des fraglichen Kaufvertrags nach St. Gallischem Rechte zu beurtheilen, also denselben ungültig zu erklären, wenn dieses St. Gallische Recht bestimmt, daß Kaufverträge über im Kanton St. Gallen gelegene Liegenschaften auch dann nach diesem Rechte zu beurtheilen seien, wenn sie im Auslande nach den dort geltenden Formen abgeschlossen worden sind, mit andern Worten, wenn die bezüglichen Formvorschriften des St. Gallischen Rechts als sogenanntes zwingendes Recht zu betrachten sind und dieß darf unbedenklich bejaht werden. Freilich involvirt dieses *Recht* des zürcherischen Richters, hier das St. Gallische Recht anzuwenden, noch keineswegs die *Verpflichtung*, dieß zu thun. Die Verhältnisse sprechen indess entschieden dafür, von diesem Rechte Gebrauch zu machen; denn auch der Kanton Zürich hat sich, wie der zweite Theil des § 5 zeigt, vorbehalten, Rechtsgeschäfte, für deren Form er zwingende Vorschriften aufgestellt hat, nach zürcherischem Recht zu beurtheilen, wenn dieselben außerhalb des Kantons abgeschlossen worden sind und wenn er daher im vorliegenden

Falle dem Kanton St. Gallen das gleiche Recht zugesteht, so thut er nur, was, wenn auch nicht die strikte Vorschrift der Bundesgesetzgebung, so doch die natürliche, gegenüber Mitkantonen zu beobachtende Rücksicht von ihm verlangen.

Kauf

zwischen Ehegatten als Deckungsgeschäft für Weibergut. Erfolglose Anfechtung durch einen Pfandgläubiger des Ehemannes.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 29. September 1888.

Ein zwischen 2 Ehegatten zur Sicherung des Frauenvermögens abgeschlossener Fahrhabenkauf wurde gegenüber der Anfechtung desselben seitens eines Pfandgläubigers des Ehemanns mit folgender Begründung geschützt:

1. Sobald man annehmen kann, der Ehemann Meier habe durch das beklagterseits angefochtene Rechtsgeschäft wirklich die sämmtliche, bisher ihm gehörige Fahrhabe in das Eigenthum seiner Frau übergehen lassen wollen, so ist, da im übrigen keine stichhaltigen Anfechtungsgründe geltend gemacht werden konnten, jenes Rechtsgeschäft als *zwischen den Eheleuten abgeschlossener gültiger Kauf* zu betrachten. Der Beweggrund, der zum Kaufvertrage führte, war dann allerdings die Absicht der Sicherung des Frauenvermögens, was auch in der Vertragsurkunde unter Berufung auf § 604 des P.-G.-B. ausdrücklich gesagt ist. Von entscheidender Bedeutung ist aber der Wille, das Eigenthum zu übertragen, nicht der Grund des Willens.

2. Daß ein die Deckung für eine Weibergutsforderung bezweckender Kaufvertrag nicht einfach mit der Einrede anfechtbar ist, es handle sich im Grunde lediglich um eine Pfandbestellung, es liege also ein simulirtes Geschäft vor, ist im Rechenschaftsbericht des Obergerichtes pro 1884 und 1886 (Praejudiz No. 67 und 61) mehrfach erörtert worden. Ebenso kann auf die bezüglichen Entscheidungen zum Nachweise dessen verwiesen werden, daß der Beklagte Weil aus der Thatsache des Nichtmitwirkens eines außerordentlichen Vormundes bei dem zwischen den Eheleuten Meier abgeschlossenen Kaufe keinen Anfechtungsgrund ableiten kann.

3. Aus der äußern Form des streitigen Vertrages läßt sich nicht schließen, daß kein Kauf resp. Verkauf beabsichtigt worden sei. Daß von einer „Abtretung zu Eigenthum“ und nirgends von „kaufen“ und „verkaufen“ die Rede ist, ist rechtlich ohne Bedeutung. Endlich wird mit Unrecht behauptet, es könne von einem wirklichen Kaufvertrag nicht die Rede sein, weil die Vereinbarung eines Kaufpreises mangle. Die Ehefrau als Käuferin empfing eben für ihre als Weibergut eingebrachten 700 Fr., („dafür“ heißt es im Vertrage) welches Geld vom Manne längst verbraucht war, das Eigenthum an den bisherigen Fahrhaben des Mannes. Sie ist damit für ihre Forderung befriedigt, wie sie auch im Prozeß erklärte: „Wenn Meier in Konkurs gerathen sollte, so werde ich keine Forderung anmelden, sondern eine Eigenthumsansprache.“

4. Daß der Kauf nicht ernstlich gemeint sei, will der Beklagte daraus ableiten, daß der Ehemann Meier ja nach wie vor Eigenthümer eines Liegenschaftengewerbes sei, zu dessen Betriebe er die veräußerten Fahrhaben bedürfe. Allein der fernere Gebrauch der Gegenstände ist dem Meier ja gerade dadurch ermöglicht, daß er dieselben zwar nicht mehr als Eigenthümer, wohl aber als Nießbraucher (Inhaber des ehemännlichen Nutznießungsrechtes) weiter besitzen kann. Auffällig ist allerdings, daß Meier seiner Frau auch Gegenstände des täglichen Verbrauches (wie Kartoffeln und Kunstwein) verkauft. Doch gestattet dies keinen sichern Schluß darauf, daß das ganze Kaufsgeschäft nur zum Scheine abgeschlossen worden sei.

5. Daß das angefochtene Rechtsgeschäft die Benachtheiligung eines Gläubigers, des Beklagten Weil, bezweckt habe (vergl. Art. 202 des O.-R.) ist von diesem nicht klar gelegt worden. Die in der Appellationsverhandlung aufgestellte Behauptung, die veräußerten Gegenstände seien mehr als 700 Fr. werth, entbehrt jeglichen Nachweises.

Im Uebrigen sei hier bezüglich der Voraussetzungen der Rescission eines Rechtsgeschäftes gemäß Art. 202 Abs. 2 des O.-R. verwiesen auf dießseitiges Urtheil in Sachen Fehlmann, (abgedruckt in den Blättern für handelsrechtliche Entscheidungen V. 333). Ob und inwiefern es ein Mißverhältniß ist, daß unser eheliches Güterrecht es zuläßt, heute eine Weibergut*sforderung* in Eigenthum an bestimmten Sachen umzuwandeln und Morgen bei Wiederveräußerung jenes Ehefrauen-*Eigenthums* durch den Ehemann wiederaufleben zu lassen, — das ist nicht Sache richterlicher Untersuchung in einem gegebenen Streitfall.

Gerichtliches Pfandrecht.

Die richtige Aufnahme des Pfändungsdatums in Pfandschein und Protokoll als Erforderniß für die Gültigkeit des Pfandrechts.

Für den Pfändungszeitpunkt ist einzig das Pfändungsdatum in Pfandschein und Protokoll maßgebend.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 15. September 1888.

Der Viehhändler Abraham Rothschild in Gailingen meldete im Konkurse über den Nachlaß des Joh. Meier, Metzger und Wirth in Uhwiesen eine Forderung von 350 Fr. sammt Zins und Kosten an und beanspruchte hiefür das Pfandrecht an einer Kuh laut Pfandschein, ausgefertigt den 21. Februar und mit Pfändungsdatum vom 23. Februar. Der Notar bestritt die Gültigkeit des Pfandrechtes, weil der Schuldner schon am 23. Februar, *Morgens 1 Uhr* verstorben sei und gemäß § 29 Zif. 1 des Konkursgesetzes der Konkursausbruch auf diesen Zeitpunkt zurückdatirt werden müsse. Demgegenüber legte der Ansprecher ein Zeugniß des Gemeindammanns von Uhwiesen ein, wonach die Pfändung thatsächlich schon am 21. Februar stattgefunden habe. Der Gemeindammann pflege, wie sein Vorgänger, alle Pfändungen im Protokoll und im Pfandschein vom Donnerstag zu datiren, auch wenn sie schon am Dienstag oder Mittwoch vorgenommen worden seien.

Die Pfandansprache wurde zweitinstanzlich verworfen.

Gründe:

Nach dem Zeugniß des Gemeindammanns entspricht die Datirung des Pfandscheins dem Protokolleintrag. Dieser aber ist zunächst maßgebend für die dadurch beurkundeten Thatsachen und es geht nicht an, durch ein schriftliches Zeugniß des Beamten hinterher die Richtigkeit des Protokolls in Zweifel zu ziehen. Allerdings kann ein irrthümlicher Eintrag durch den Beamten hinterher verbessert werden, allein es wird weder ein Irrthum noch eine Protokollsberichtigung als vorgefallen behauptet. Somit ist am Wortlaut des Protokolls festzuhalten. Rekursgegner kommt dadurch nicht zu Schaden, da ja der Gemeindammann gesetzlich berechtigt war, mit der Pfändung bis Donnerstag zuzuwarten. Uebrigens wäre selbst, wenn man dem Berichte des Gemeindammanns, daß er die Pfändung schon am 21. Februar vorgenommen habe, Glauben schenken wollte, ein gültiges Pfandrecht dennoch nicht entstanden, weil nicht eine Pfändung vom 21. Februar, sondern eine solche vom 23. Februar in den Pfandschein und ins Pfandbuch eingetragen ist. Es muß nämlich strenge daran festgehalten werden, daß mit Rücksicht auf die große Wichtigkeit des Datums der Pfändung (siehe z. B. § 75 des Schuldbetreibungsgesetzes) dasselbe wie in § 52 vorgeschrieben, auch wirklich und zwar richtig in den Pfandschein aufgenommen werde und ist daher jede Pfändung, bei der dieß nicht geschehen ist, einfach ungültig.

Erbrechtliches.

Begehren um Inventarisation des Nachlaßes, gestellt vom Gläubiger eines enterbten Schuldners, der die Enterbung anerkannt hat.

Abweisung wegen mangelnder Legitimation zur Anfechtung der Enterbung.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 4. September 1888.

Ein am 13. Dezember 1887 in Konstanz (Großherzogthum Baden) verstorbener Erb-

lasser hinterließ als gesetzliche Erben zwei Söhne und zwei Töchtern. Den ältern der beiden Söhne hatte derselbe aber mit Testament vom 26. August 1876 gänzlich enterbt. Trotzdem suchte die Bank Winterthur, welche in einem anno 1874 über den letztern ausgebrochenen Konkurse mit einer bedeutenden Forderung zu Verlust gekommen war, behufs Sicherung dieser Forderung um Siegelung und Inventarisation des Nachlasses nach, wurde aber von beiden Instanzen abgewiesen.

Gründe:

Für die Beurtheilung der hier zur Sprache kommenden erbrechtlichen Verhältnisse ist durchweg zürcherisches Recht zur Anwendung zu bringen, da der Nachlaß wenigstens zum Theil im Kanton Zürich liegt und der Erblasser dem letztern bürgerrechtlich angehörte (Staatsvertrag mit dem Großherzogthum Baden über nachbarliche Verhältnisse vom 6. Dezember 1856 Art. 6.) Nach zürcherischem Rechte ist aber der erstinstanzliche Entscheid richtig. Das Begehren der Rekurrentin stützt sich nämlich auf § 1983 lit. e des privatrechtlichen Gesetzbuches. Als nachgewiesen ist zu betrachten, daß dieselbe an H. S. ein Guthaben hat und daß ihr Schuldner im Konkurs sich befunden hat. Ebenso ist nachgewiesen, daß dieser Schuldner Sohn des Erblassers ist. Dagegen wird bestritten, daß er Erbe geworden, weil er von seinem Vater auf Grund des § 2042 des P.-G.-B. enterbt worden sei. Ein solches Testament ist zu den Akten gebracht worden, der Enterbungsgrund des § 2042 lit. b ist nachgewiesen und zudem liegen wiederholte Erklärungen des Enterbten vor, daß er die Enterbung anerkenne. An diese Erklärungen sind aber die Gläubiger nach Ulmers Commentar 3566 und einer neuern Entscheidung des Obergerichtes vom 26. Oktober 1886, abgedruckt in den Schweizer Blättern für handelsrechtliche Entscheidungen Bd. V., S. 349 u. 350 gebunden. Ist sonach H. S. nicht Erbe geworden, so liegt auch kein Rechtsgrund vor, der Rekurrentin die Inventarisation zu bewilligen.

Entscheidungen
des
Kassationsgerichtes Zürich
vom 7. September 1888.

I.

Der civilrechtliche Anspruch des Privaten auf Unterlassung von Störungen in der Benutzung einer öffentlichen Sache durch einen andern Privaten. Umfang desselben.

Eine öffentliche Straße wurde im Jahre 1847 durch eine neue ersetzt. Im Jahre 1888 begehrten mehrere Grundeigenthümer die Benutzung eines Stückes der alten Straße zur Bewerbung ihrer Güter, an welcher Benutzung sie durch einen Nachbar, der seinerseits Privateigenthum an jenem Straßenstück ansprach, gehindert wurden. Die Appellationskammer verwarf die Klage, davon ausgehend, daß der Klagegrund, bestehend in der Eigenschaft der streitigen Straßenstrecke als öffentlicher Sache und dem persönlichen Recht jedes Privaten, eine öffentliche Sache zu dem Zwecke zu gebrauchen, *zu welchem sie bestimmt ist,* nicht zutreffe, weil die alte Straße größtentheils völlig verschwunden und überwachsen und somit ihren Zweck, die Verbindung zwischen zwei Ortschaften herzustellen, verloren habe, Kläger aber den Beklagten nur dann auf Offenhaltung des im Streite liegenden Wegstückes belangen könnten, wenn es sich um Wahrung der Bestimmung eines öffentlichen Verbindungsweges handeln würde, während der Umstand, daß die Benutzung des einzigen unbewachsenen Stückes ihnen zur Bewerbung ihrer Güter dienlich wäre, sie zur Anstellung der Klage nicht berechtige, da eine Benutzung durch *Jedermann*, weil das unbewachsene Stück keine Fortsetzung habe, unmöglich sei. Da der Weg *im Ganzen*, — wird schließlich gesagt, — als öffentlicher offenbar schon längst eingegangen ist, so können die Kläger aus der nicht mehr bestehenden Oeffentlichkeit des Weges nichts herleiten und nicht verlangen, daß der Weg, der seinen öffentlichen Charakter eingebüßt hat, de Oeffentlichkeit zurückgegeben werde.

Dieses Urtheil wurde wegen angeblichen Widerspruchs mit klarem Recht, nämlich mit § 485 (jetzt 60) des P.-G.-B., wonach dem Privatrecht entzogen seien die öffentlichen, dem gemeinen Gebrauche dienenden Sachen, wie Straßen u. s. w., *so lange sie dem öffentlichen Gebrauche überlassen seien* — angefochten. *Das Kassationsgericht wies jedoch die Nichtigkeitsbeschwerde mit folgender Begründung ab*:

Die streitige Straßenstrecke ist nicht in das Privateigenthum des Beklagten oder anderer Personen übergegangen, noch haben der Beklagte oder andere Personen Privatrechte daran erworben. Dieselbe ist also immer noch öffentliche Sache und deren Benutzung als Weg durch die Anstößer möglich und in einem solchen Falle ist nach bisheriger Gerichtsübung (Zeitschrift Bd. XVIII. S. 49, Nr. 16) die Klage eines Privaten auf Offenhaltung einer Wegstrecke, die ihm dienen kann, gutgeheißen worden. Allein ein offenbarer Widerspruch mit dem klaren Sinne des Gesetzes, liegt in dem angefochtenen Entscheide nicht. Das Gesetz spricht von öffentlichen, dem gemeinen Gebrauche dienenden Sachen, *so lange sie dem öffentlichen Gebrauche überlassen sind* und der Entscheid sagt nur, wenn seit Jahren der öffentliche Gebrauch einer Sache, d. h. *der Gebrauch durch Jedermann*, nicht bloß durch besonders Nahestehende in Folge der Unterlaßung der Wahrung des Hoheitsrechtes von Seite der zuständigen Behörden aufgehört hat und beim gegenwärtigen Zustand der Sache unmöglich ist, so steht einem Privaten die Klage auf Beseitigung von Störung im Gebrauch der Sache gegen einen andern Privaten nicht zu, wenn er die Klage nicht auf ein Privatrecht, sondern nur auf die Eigenschaft der Sache als einer öffentlichen stützt, die früher dem öffentlichen Gebrauche, — dem Gebrauche für Jedermann, — gedient hat. Ist dieser Entscheid, der eine Wiederherstellung des frühern Zustandes durch die Behörden nicht ausschließt, nicht anfechtbar, so kommt auch auf den Umstand nichts an, daß ein Uebergang der streitigen Wegstrecke ins Privateigenthum nicht stattgefunden hat.

II.
Zur sachlichen Zuständigkeit des Civilrichters.

Sie gewährt die Befugniß zur selbständigen und unabhängigen Beantwortung aller Fragen, von denen der Entscheid abhängt und kann der Richter nicht angehalten werden, sein Urtheil von einem vorausgehenden Entscheide anderer Behörden z. B. einer Verwaltungsbehörde abhängig zu machen.

Im obigen Falle wurde die Nichtigkeitsbeschwerde auch auf die Behauptung gestützt, daß der Civilrichter zu dem gefällten Entscheide nicht zuständig gewesen sei, weil der Entscheid darüber, ob eine öffentliche Sache in eine private umzuwandeln, also dem öffentlichen Gebrauche zu entziehen sei, den Verwaltungsbehörden zustehe.

Das Kassationsgericht verwarf auch diese Auffassung.

Gründe:

Die Beschwerde wegen Unzuständigkeit des Richters ist unstichhaltig. Kläger haben ja selbst für ihr Begehren, daß dem Beklagten untersagt werde, sie an der Benutzung der streitigen Strecke der Straße zu hindern, den Richter angerufen und wenn der Richter über das Klagebegehren entscheiden soll, hat er auch die Richtigkeit des Klagegrundes zu prüfen und als Klagegrund wird geltend gemacht, daß die streitige Strecke eine öffentliche, dem gemeinen Gebrauche überlassene Sache sei. Durch Anhebung der Klage wird von den Klägern der in unserer Gerichtsübung unbestrittene Satz nicht nur anerkannt, sondern geltend gemacht, daß, soweit die zur Wahrung des Hoheitsrechtes zuständige Behörde nicht einschreitet, ein Private, der an Benutzung einer öffentlichen Sache zu dem Zwecke, welchem sie dient, ein thatsächliches Interesse hat, einen andern Privaten, der ihn an der Benutzung hindert, vor dem Civilrichter belangen kann. Sollte aber der Geltendmachung des Nichtigkeitsgrundes der Unzuständigkeit die Ansicht zu Grunde liegen, der Richter habe zwar über das gestellte Begehren zu entscheiden, jedoch den Entscheid von einem durch ihn oder von den

Partheien zu veranlaßenden Entscheide der Verwaltungsbehörde abhängig zu machen, so wäre auch diese Ansicht unrichtig. Der Civilrichter hat, um zum Entscheide über ein ihm vorliegendes civilrechtliches Begehren zu gelangen, sich unabhängig über Alles eine Ueberzeugung zu bilden, wovon der Entscheid abhängt. Hängt der Entscheid davon ab, ob Jemand im Inlande oder Auslande ein Verbrechen begangen habe, so hat er diese Frage zu prüfen, obgleich er zur Beurtheilung des angeblichen Verbrechers nicht zuständig ist; hängt sein Entscheid von der Frage ab, ob ein Beamter gültig gewählt worden sei, so hat er sich diese Frage zu beantworten, obgleich ihm Anerkennung oder Kassation der Wahl nicht zusteht; hängt sein Entscheid von der Frage ab, ob eine Sache eine öffentliche sei, so hat er sich darüber eine Ueberzeugung zu bilden, wenn schon nicht er, sondern die Verwaltungsbehörde zuständig ist, eine Sache dem Privatverkehr zu entziehen oder dem Privatverkehr zurückzugeben. Hätte er sich über irgend eine Frage, von deren Beantwortung sein Entscheid abhängt, eine Ueberzeugung gebildet, die er sich in richtiger Weise nur nach Einholung des Gutachtens eines Experten oder einer Verwaltungsbehörde hätte bilden können, so hätte er sich einer fehlerhaften Prozeßleitung schuldig gemacht, aber nicht einer Kompetenzüberschreitung.

Polyglott-Institut Zürich.

Unter obigem Namen besteht seit 1882 in Zürich ein Institut für Uebersetzungen *in* und *aus* allen Kultursprachen. Es ist von vornherein klar, daß zweckentsprechende Organisation und richtiger Betrieb eines derartigen Institutes vom Unternehmer ganz bedeutende Opfer erheischen, hat er aber diese Opfer gebracht und gezeigt, daß er nicht nur gewillt, sondern auch in der Lage ist, allen billigen Anforderungen zu entsprechen, so soll ihm das Publikum auch das nöthige Vertrauen entgegenbringen und mit seinen Aufträgen nicht sparsam sein. Die in jüngster Zeit erfolgte Herausgabe eines Prospectes seitens des Herrn Cesana-Giebel, Inhaber des Polyglott-Institutes gibt uns die Veranlaßung, in empfehlendem Sinne auf das Institut aufmerksam zu machen. Im Prospecte wird gesagt, es könne in den 4 Hauptsprachen Europas (Englisch, Französisch, Italienisch und Deutsch) ganz Vollkommenes geleistet werden und es seien sowohl für diese sowie für die spanische, portugiesische, holländische, russische und ungarische Sprache nur der betreffenden Nation angehörige, fachmännisch gebildete, im Uebersetzen langjährig erprobte und erfahrene Kräfte gewonnen und vertragsgemäß gebunden worden. Es werden in alle Gebiete einschlagende Uebersetzungen besorgt. Der Prospect nennt als Uebersetzungsgebiete: Landwirtschaft, Handel, Industrie, Gewerbe, Künste, Ingenieurwesen, Transport- und Versicherungswesen, Hotelwesen, Militärwesen, Literatur, Gerichtswesen, Advokatur- und Notariatspraxis, Arbeiten confidentieller Natur etc. Jede Uebersetzung soll nach ihrer Vollendung einer technischen und einer sprachlich stilistischen Revision unterworfen werden. Durchgehen wir die Referenzen, auf welche der Unternehmer des Instituts sich zu berufen in der Lage ist und berücksichtigen wir dabei speziell auch das gute Zeugniß, welches das hießige Obergericht dem Herrn Cesana Giebel unterm 23. April 1887 bezüglich der ihm, seinen Kammern sowie dem Handels- und Schwurgericht vom Polyglott-Institut besorgten schriftlichen und mündlichen Uebersetzungen ertheilt hat, so dürfen wir wohl mit Zuversicht annehmen, daß die Versprechungen und Zusicherungen, die der jüngst erschienene Prospekt verkündet, nicht nur gewöhnliche Reklame, sondern ernst gemeint sind und auch gehalten werden können. Zum Mindesten darf wohl, wer immer das Bedürfniß hat, einen Versuch mit dem Institut wagen, wir glauben, er wird befriedigt.

Berichtigung.

Im Urtheil des Handelsgerichtes Zürich, in Sachen Braunschweig ca. Schwarzenbach-Suter (abgedruckt in der letzten Nummer) ist gesagt, es haben erstere die Cache-nez „Surrah VIII." von Schwarzenbach zu 5 Fr. 25 per Dutzend in 45 cm. Größe gekauft, während es heißen sollte, in 43 cm. Größe. Auf das Gesuch des Herrn Schwarzenbach berichtigen wir hiemit diesen auf einem bloßen Druckfehler beruhenden Irrthum gerne und hoffen nur, daß ihn derselbe nicht benachtheiligt haben werde.

Die Redaktion.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. Dezember 1888. VII. Band. № 23.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter“ erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Handelsgericht Zürich,

26. Oktober 1888,

Schellenberg ca. *Schmid.*

Kauf.

Nachwährschaftsklage wegen thatsächlicher Mängel der Kaufsache. Einwendung, es habe der Käufer die Mängel gekannt bezw. kennen müssen, (Art. 245 O.-R.) auf die Mängelrüge verzichtet und eventuell dieselbe verwirkt (Art. 246). Wandelung oder Minderung? Haftpflicht für Schaden aus der Lieferung fehlerhafter Waare.

Der Kläger, Jakob Schellenberg, Besitzer einer Baumwollspinnerei in Aathal (Wetzikon) kaufte Anfangs des laufenden Jahres (1888) von der in Liquidation befindlichen beklagtischen Firma Heinrich Schmied, Spinnerei in Gattikon, eine größere Parthie Baumwollgarne, sogenannte Zetteldrähtli, peignirt Ia Gallini in den Nummern 70, 80, 90, 100, 110, 120, 130 und 140, lieferbar franko Aathal. Vor dem Abschluß (noch im Dezember 1887) war der Sohn des Klägers einmal in Gattikon und nahm bei dieser Gelegenheit von jeder Nummer, auf welche sich der damals erst angebahnte Kauf erstrecken sollte, zwei Drähtli mit, dieselben wurden aber nur aus den *obern* Lagen der betreffenden Kisten genommen und fand ein Umlegen der letztern nicht statt, dagegen meint Schmied, es hätte der Sohn Schellenberg verlangen können, daß die Muster aus der *Mitte* der Kisten genommen werden.

Am 4. Januar 1888 wurde die Waare facturirt und am 6. oder 7. Januar langte sie in 23 Kisten verpackt in Aathal an. Mit Brief vom 9. Januar erkannte der Kläger die beklagte Firma für den Fakturabetrag von 10,345 Fr., Werth 4. April *unter Vorbehalt richtigen und tadellosen Inhalts der Kisten* und am 31. Januar erfolgte die Regulirung der Faktur unter Abzug von $2^1/_2$ % Disconto per 90 Tage (bis 4. April als dem Fälligkeitstage). Die Gespinnste waren zum Wiederverkauf bestimmt und es gelang denn auch dem Kläger bald, die Parthie Nr. 80 und ein Theil von Nr. 90 wieder abzusetzen. Bei dieser Gelegenheit traten nun aber Mängel der Waare zu Tage, welche den Kläger veranlaßten, mit Brief vom 17. Febr. zu reklamiren. Er schrieb hier unter Verweisung auf seinen Vorbehalt im Brief vom 9. Jenner, es könne von den Garnen keine einzige Kiste verkauft werden, ohne daß deren Inhalt vorher umgelegt und Drähtli für Drähtli untersucht worden sei. Von den Nummern 80 und 90, von denen bis jetzt

einzig verkauft worden, (die andern Nummern — wird beigefügt, — sind nur oberflächlich gemustert worden) habe eine unverhältnißmäßig große Zahl Drähtli (von Nr. 80 über 20 %) bei Seite gelegt werden müssen. „Der größte Fehler ist, daß sozusagen sämmtliche Papierhülsen (über welche das Garn gesponnen ist) total ölig sind und dazu *viele Drähtli selbst*, die nicht einmal mehr zum Haspeln können verwendet werden, was Sie aus mitfolgenden Mustern ersehen können. Dann ist an vielen Drähtli, oft an ganzen Abnahmen der Anfang des Drähtli zu locker aufgewunden, sodaß der Faden rückwärts übers Röhrli sich abzettelt, was beim Abspuhlen oder Abhaspeln immer Störungen und viel Abfall verursacht. Ich will gewärtigen, auf welche Art Sie mich entschädigen wollen."

In ihrer Antwort vom 19. Februar bedauert die beklagte Firma, daß ihre Garne zu Reklamationen Anlaß geben und behält sich, da der Spinnmeister und Packer noch in der Nähe seien, vor, mit diesen Personen zuerst Rücksprache zu nehmen und sich alsdann „über die Art der Entschädigung auszusprechen."

Am 23. Februar setzte der Kläger die Beklagte in Kenntniß, daß von den Uebernehmern Reklamationen über Reklamationen einlaufen und daß ihm die Garne einfach zur Verfügung gestellt werden. „Der Anfang des Kötzers ist zu locker gewunden, sodaß sich der Faden rückwärts übers Röhrli abzettelt und in Folge dessen beim Abspuhlen oder Abhaspeln an den fehlerhaften Stellen bricht, was bedeutend Zeit und Garnverlust erzeugt. Dann sind eben viele Drähtli verdorben und laufen nicht mehr gut ab, weil sie viel zu flüchtig und gleichgültig in die Kisten verpackt worden sind." Zum Schlusse behält sich Schellenberg vollständiges Reklamationsrecht vor und sagt, er wolle gewärtigen, wie Schmied ihn vor Schaden schützen wolle. In einem weitern Briefe des Klägers vom 4. März wird gesagt, es gehen Reklamationen über Reklamationen ein; wo das Garn abgesetzt werden wolle, klage man darüber und stelle es zur Verfügung. Sozusagen alle Röhrli seien derart mit Oel getränkt, daß das Garn mit in Leidenschaft gezogen und daher nicht mehr verwendbar sei. Schellenberg dürfe es nicht mehr wagen, von dem Garn nur ein Drähtli zu veräußern und sehe sich daher veranlaßt, dem Schmied den ganzen Vorrath zur Verfügung zu stellen.

Letzterer antwortete hierauf am 5. März: „Ihr Schreiben vom 4. dieß habe erhalten und sehe ich daraus, daß in Bälde etwas geschehen muß. In Folge Absterbens meines Bruders Heinrich muß ich Sie aber ersuchen, mir diese Woche noch Ruhe zu gönnen. Ich hoffe Sie mit Obigem einverstanden, um so mehr als Sie selbst sehen, daß dieser Schaden mir durch Böswilligkeit der Arbeiter, die ihre Entlassung vor Augen hatten, zugefügt wurde."

Nunmehr legte sich ein Verwandter des Beklagten, Direktor Iten in Wetzikon ins Mittel und versuchte einen Ausgleich zu erzielen. Es wurden Offerten und Gegenofferten gemacht, auch fanden mündliche Besprechungen statt, allein es konnte keine Einigung erzielt werden und schließlich legte Schellenberg die Garne, soweit sie nicht bereits verkauft und von den Verkäufern behalten worden waren, auf die Station Aathal zur Verfügung des Beklagten. Es waren 16 von 23 Kisten (7 Kisten sind also verkauft worden.)

Am 16. Mai 1888 reichte sodann Schellenberg Klage ein über die Streitfrage, ob der Beklagte nicht verpflichtet sei, die ihm zur Verfügung gestellten 16 Kisten Zetteldrähtli zurückzunehmen und den dafür empfangenen Kaufpreis mit 6176 Fr. 95 nebst Zins seit dem 30. April 1888 zurückzuzahlen. Im Fernern verlangte der Kläger als Schadenersatz:

1. 40 Fr. Reisespesen, verursacht durch Reklamationen seitens der Abnehmer einzelner Garnparthien.
2. 11 Fr. 05 Ausgelegte Frachten für retour erhaltene Garne
3. 3 Fr. 65 Porti- und Depeschenspesen.
4. 25 Fr. Kosten für Umlegen der Garne und Auslesen schwarzer, öliger und unterwundener Drähtli.
5. 13 Fr. 35 Erlittene Abzüge wegen unbrauchbarer Waare.
6. 150 Fr. Mindererlös auf 500 Kilo Garn,

die er zurücknehmen mußte, in Bünde haspelte und weiter verkaufte.

7. 811 Fr. 95 entgangener Gewinn auf den zur Disposition gestellten Garnen.
8. 10 Fr. Kosten für Retoursendung der zur Disposition gestellten Waare.

Der Beklagte bestritt die Klage in allen Richtungen. Er machte geltend, daß Kläger auf die Mängelrüge verzichtet, eventuell dieselbe verwirkt habe und glaubte, daß seine Nachwährschaftspflicht auch deßwegen dahin falle, weil Kläger die Mängel gekannt habe bezw. hätte kennen sollen. (Art. 245 O.-R.) Dann wurde aber das Vorhandensein der letztern wieder bestritten und geltend gemacht, daß eventuell nur ein Minderungsanspruch gutgeheißen werden könnte.

Ueber die Beschaffenheit der zur Verfügung des Beklagten gehaltenen 16 Kisten Garn wurde einer Expertise angeordnet und damit Rieter-Fenner in Winterthur betraut. Der Experte untersuchte jede einzelne Kiste und sprach sich sodann in seinem Gutachten folgendermaßen aus:

1. Ein sehr beträchtlicher Theil der Bobinen habe ölige Papierhülsen und dieses Oel habe sich in Folge des Packens auf eine große Menge Bobinen übertragen und starke Oelflecken verursacht. Dieß beziehe sich hauptsächlich auf die Garne Nr. 70, 90, 100, 110 und zum Theil auf Nr. 120.

2. In Nr. 110 und ganz besonders in Nr. 130 sei das Garn ganz schwarz, Nr. 110 sei zudem geringer Qualität und wenn auch Nr. 130 gut gesponnen sei und für mancherlei Zwecke zu verwenden wäre, so zeige sich dasselbe in einem so russigen Zustande, daß es nur zu einem reducirten Preise zu verwerthen sein werde.

3. Im Garn Nr. 90 kommen viel unterwundene Bobinen vor, hauptsächlich in den Kisten Nr. 18 und 209; beim Abhaspeln des Garnes ergebe sich dadurch bedeutend mehr Abgang als nöthig.

Ferner spricht sich der Experte über den Minderwerth aus, den die Waare in Folge der Mängel habe. Er hält dafür, daß diese Frage schwierig zu beantworten sei, weil, je nachdem für die betreffenden Garne eine Verwendung gefunden werde, ein höherer oder niedrigerer Preis erlöst werden könne. Die öligen sowie die schwarzen Garne z. B. seien nur für gefärbte Artikel zu verwenden. Schließlich gelangt er dazu, einen Minderwerth von 35 Rp. per Kilo oder im Ganzen von 396 Fr. 34 herauszurechnen.

Die Frage, welchen Gewinn bei fehlerfreier Lieferung der Kläger beim Verkaufe der 16 Kisten hätte erzielen können, wird vom Experten auf Grund einer detaillirten Aufstellung dahin beantwortet, daß er den entgangenen Gewinn auf 643 Fr. 82 veranschlage. Endlich erklärt er, daß die konstatirten Mängel *nicht* durch das lange Lagern und Umpacken verursacht worden seien.

Das Handelsgericht verpflichtete den Beklagten, die 16 Kisten Zetteldräthli, die ihm auf der Station Aathal zur Verfügung gestellt worden, zurückzunehmen und den empfangenen Kaufpreis mit 6176 Fr. 95 nebst Zins zurückzuzahlen, sowie dem Kläger fernere 653 Fr. 82 Schaden zu vergüten. Im Uebrigen wurde die Klage abgewiesen.

Gründe:

1. Es handelt sich um eine Nachwährschaftsklage wegen thatsächlicher Mängel der Kaufsache (Art. 243 u. f. O.-R.). Dieselbe bezieht sich indessen nur auf eine Parthie der gekauften Waare, bezüglich welcher der Wandelungsanspruch geltend gemacht und daneben Ersatz des dem Kläger durch die Lieferung fehlerhafter Waare verursachten Schadens verlangt wird.

2. Der Beklagte bestreitet, daß sich seine Nachwährschaftspflicht auf die in Frage kommenden Mängel erstrecke, weil der Kläger dieselben zur Zeit des Kaufes gekannt habe, bezw. habe kennen müssen. (Art. 245 O.-R.) Allein abgesehen davon, daß sich dieser Standpunkt Angesichts der Behauptung, die Waare sei überhaupt nicht mangelhaft oder nur mit ganz minimen Fehlern behaftet, etwas eigenthümlich ausnimmt, kann er nicht als richtig anerkannt werden. Der Sohn des Klägers hat zwar allerdings vor dem Kaufsabschluß sich in Gattikon Muster geben lassen, allein wie der Beklagte selbst vortragen läßt, sind dieselben nur den obern Lagen ent-

nommen worden und hat ein Umlegen des Kisteninhalts nicht stattgefunden, ohne eine derartige Manipulation aber konnten die Fehler nicht wahrgenommen werden und beweist somit die genannte Art der Musterinempfangnahme durchaus nicht, daß der Sohn Schellenberg die Mängel wahrgenommen habe und solche somit dem Käufer beim Vertragsabschluß bekannt gewesen seien. Im Beweisverfahren ist nun freilich weiter geltend gemacht worden, es sei der Kaufpreis mit Rücksicht auf die nicht ganz tadellose Beschaffenheit der Waare bedeutend unter dem Marktpreis gehalten worden, was natürlich die Kenntniß der Mängel seitens des Käufers beim Vertragsschluß voraussetzen würde. Allein einmal fällt diese Behauptung schon aus dem prozeßualischen Grunde außer Betracht, weil sie in der Hauptverhandlung selbst nicht vorgebracht wurde (§ 336 des Rechtspflegegesetzes) und sodann sprechen auch die Verhältnisse durchaus gegen ihre Richtigkeit. Es ist bereits konstatirt worden, daß die Kisten, als der Sohn des Klägers in Gattikon war, nicht umgelegt wurden, er also die Waare nicht sehen konnte, daß ihm aber von der Mangelhaftigkeit derselben Kenntniß gegeben oder früher oder später eine diesbezügliche Anzeige an den Kläger selbst gemacht worden sei, wird gar nicht behauptet und doch hätte dem Verkäufer, wenn er die Waare als fehlerhaft verkaufen wollte, nach kaufmännischen Regeln obgelegen, den Käufer ausdrücklich auf die vorhandenen Mängel und Fehler aufmerksam zu machen. In geordneten kaufmännischen Verhältnissen würde sogar eine bezügliche Notiz in der Faktur selbst angebracht worden sein. Ganz entscheidend aber gegen die Annahme, daß die Parteien davon ausgegangen seien, es handle sich nicht um fehlerfreie Waare, spricht der Umstand, daß der Beklagte die Reclamationen des Klägers nicht sofort zurückgewiesen hat mit der Behauptung: „Du hast ja gewußt, wie die Waare beschaffen ist und deßhalb dafür weniger bezahlt.“ Dieser Standpunkt ist vom Beklagten in der Correspondenz nie geltend gemacht worden. Die Behauptung, daß der Kläger die Mängel bei Anwendung gewöhnlicher Sorgfalt hätte wahrnehmen müssen, wird bloß darauf gestützt, daß sein Sohn bei der Musterziehung ja hätte verlangen können, es sollen die Muster aus der Mitte der Kiste genommen werden. Allein dazu hatte er durchaus keine genügende Veranlaßung, weil es sich gar nicht um den Kauf einer individuellen Sache, (*bestimmter*, mit Garnen gefüllter Kisten) sondern um den Kauf einer bestimmten Quantität von Sachen derselben Gattung handelte; die Garne, welche den Gegenstand des Kaufes bildeten, waren nicht etwa ausgeschieden, sondern sollten bei der Ablieferung ab dem Lager des Beklagten genommen werden.

3. Ein weiterer Standpunkt des Beklagten geht dahin, es habe Kläger auf die Mängelrüge verzichtet. Den Verzicht erblickt er in der Zahlung der Faktur und der theilweisen Veräußerung der Waare, allein mit Unrecht. Diese Handlungen könnten nur dann einen Verzichtswillen documentiren, wenn sie als stillschweigende Genehmigung der Waare ausgelegt werden dürften und davon kann nicht die Rede sein. Die Gutschrift des Fakturabetrages hat laut Brief vom 9. Januar nur unter dem ausdrücklichen Vorbehalt richtigen und tadellosen Inhalts der Kisten stattgefunden und unter dem Schutze dieses Vorbehaltes ist auch die Zahlung erfolgt. Die Entdeckung der Mängel ist späteren Datums und ihr folgte unter Bezugnahme auf jenen Vorbehalt die Reclamation auf dem Fuß. Auch der theilweise Wiederverkauf scheint vor Entdeckung der Mängel im Vertrauen darauf, daß die Waare recht sein werde und unter dem Schutze des mehrerwähnten Vorbehaltes erfolgt zu sein, was den Genehmigungswillen durchaus ausschließt. Gegen diesen spricht auch ganz entscheidend die Correspondenz vom 17. Febr. und später.

4. Unbegründet ist aber auch ferner die Einrede des Beklagten, daß die Mängelrüge wegen verspäteter Geltendmachung verwirkt sei (Art. 246 O.-R.) Wie dem mit diesem Artikel vertrauten Mitgliede des Handelsgerichtes, auf dessen Urtheil die Parteien ausdrücklich abgestellt haben, bekannt ist, kommt es im Garnhandel, soweit es sich um soge-

nannte „Cops“ handelt, oft vor, daß Reklamationen, die sich nicht auf Qualitätsmängel, sondern auf verdeckte Schäden beziehen, erst nach längerer Zeit angebracht und zugelassen werden, weil deren Entdeckung eine sehr complicirte und detaillirte Prüfung voraussetzt. Freilich ist die Reklamationsfrist auch da nicht eine unbeschränkte, allein eine innert 6—8 Wochen angebrachte Reklamation wird, wenn es sich um Mängel der vom Kläger behaupteten Art handelt, nicht als verspätet angesehen.

Wenn der Beklagte die Reklamation des Klägers vom 17. Februar nicht sofort zurückwies, sondern sich in seinen Briefen vom 19. Februar und 5. März Bedenkzeit ausbat, um sich über die Art der Entschädigung auszusprechen, so erklärt sich das nur so, daß er jene Uebung gekannt und im Bewußtsein derselben die Reclamation als noch zuläßig betrachtete. Der Kläger geht allerdings zu weit, wenn er aus dem Briefe des Schmied vom 19. Februar eine unbedingte Anerkennung der Gewährleistungspflicht wegen der gerügten Mängel herleitet, so viel aber darf daraus in Verbindung mit den spätern Briefen doch unbedenklich gefolgert werden, daß er die Reclamation nicht als verspätet angesehen, sondern in Respektirung jener Usance sich habe darauf einlassen wollen.

5. Ist hienach davon auszugehen, daß die Mängelrüge des Klägers noch zu hören sei, so frägt sich, ob sie materiell begründet sei und diese Frage muß bejaht werden, weil die Gerichtsexpertise das Vorhandensein der sämmtlichen vom Kläger behaupteten Mängel in größerem oder geringerem Umfange und zugleich eine daraus folgende verminderte Tauglichkeit zur Verwerthung der Waare constatirt.

6. Davon ausgehend ist die Nachwährschaftspflicht des Beklagten im Principe begründet (Art. 243 O.-R.). Für diesen Fall hat sich derselbe anerboten, die Ausschußdräthli zurückzunehmen und durch untadelhaftes Garn derselben Nummer zu ersetzen, allein es kann darauf keine Rücksicht genommen werden, weil nicht ein Platzkauf, sondern ein Distanzkauf vorliegt und der Kläger nur im erstern Falle sich durch Lieferung währhafter Waare entlasten kann; zudem hätte die Ersatzwaare sofort beschafft werden müssen (Art. 252 O.-R.).

7. Der Wandelungsanspruch, den der Kläger geltend macht, ist nicht ausgeschlossen, denn die hier einzig in Betracht kommenden 16 Kisten sind weder veräußert noch umgestaltet worden und ist deßhalb die beklagtische Berufung auf den Art. 254 Abs. 2 des O.-R. verfehlt. Gleichwohl könnte nach Art. 250 auf bloße Preisminderung erkannt werden, in concreto würde es sich aber nicht rechtfertigen, den Wandelungsanspruch zu verwerfen. Von Bedeutung ist vor Allem aus, daß es sich nicht um eigentliche Qualitätsmängel handelt, sondern um Fehler, die zum Theil äußerlich erkennbar, *dem Lieferanten* bei Ausübung der erforderlichen Controlle nicht haben entgehen können. Auch ist auf die vom Experten herausgerechnete Minderwerthsziffer weniger abzustellen als auf die Thatsache, daß die Garne nicht so vielfältig verwendbar sind, wie fehlerfreie Waare. Wenn der Experte bemerkt, die öligen und die schwarzen Garne können noch für gefärbte Artikel verwendet werden, so ist das, wie dem Gerichte durch sein sachverständiges Mitglied mitgetheilt wird, höchstens mit Bezug auf die Nummern 70—90, nicht auch mit Bezug auf die feinern Garnnummern der Fall. Da ferner nach der Expertise davon auszugehen ist, es könne, wenn die Waare überhaupt Käufer finde, der Verkauf nur mit einem gewissen Risiko und großer Mühe bewerkstelligt werden, während der Kläger bei tadelloser Lieferung die Garne zu den damaligen höhern Preisen, längst hätte absetzen können, so ist ihm billiger Weise nicht zuzumuthen, die Waare zu behalten, sondern er darf dieselbe dem Beklagten heimschlagen.

7. Die Gutheißung des Wandelungsanspruches hat zur Folge, daß Beklagter den empfangenen Kaufpreis mit 6176 Fr. 95 nebst Zins zurückerstatten muß (Art. 253 O.-R.). Er ist aber ferner auch verpflichtet, dem Kläger den Schaden zu ersetzen, welcher demselben durch die Lieferung fehlerhafter Waare unmittelbar verursacht worden ist und da sich der Beklagte zum Mindesten den

Vorwurf gefallen lassen muß, daß er die Waaren habe abgehen lassen, ohne sie vorher jemals besichtigt oder geprüft zu haben, so trifft ihn ebenso die Pflicht zum Ersatze des weitern Schadens (Art. 253 und 241 O.-R.).

8. Von den einzelnen Schadensposten fallen nun aber diejenigen außer Betracht, welche damit zusammenhängen, daß der Kläger einen Theil der Waare verarbeiten ließ und veräußerte. Er behauptet nicht etwa, daß das in Frage stehende Garn übungsgemäß ohne Oeffnung der Verpackung weiter veräußert werde, sodaß die Prüfung der Waare erst beim Abnehmer vorzunehmen gewesen wäre. Dieser Annahme steht auch der Umstand entgegen, daß der Kläger die 7 Kisten geöffnet und den Inhalt umgelegt und umgepackt hat. War er aber verpflichtet, die Prüfung selbst vorzunehmen, so folgt hieraus von selbst, daß er eben von der Waare, die sich als mit Mängeln behaftet erwies, nichts hätte verkaufen, sondern die ganze Lieferung dem Beklagten zur Disposition stellen sollen. Ueberdem ist nicht mehr festzustellen, ob die veräußerte Waare wirklich von einer Beschaffenheit gewesen ist, welche den Nachwährschaftsanspruch begründet haben würde; in dieser Richtung ist darauf zu verweisen, daß sich auch unter den der Expertise unterstellten Garnen solche befunden haben, an denen wenig auszusetzen war. Vollends unverständlich ist, daß der Kläger 500 Kilo von Kunden retournirte Garne, statt sie mit den übrigen dem Beklagten zurückzubieten, in Bünde abhaspeln ließ und in dieser Form weiter veräußerte. Aber wenn er noch den Versuch machen wollte, wie die Garne als Strickgarne zu verwerthen wären, so hätte eine Probe mit 20—30 Kilo ausgereicht. Es kann also keine Rede davon sein, daß der Kläger vom Beklagten Ersatz des Minderwerthes verlangen könne, welcher sich daraus ergab, daß er eine Parthie Garn in Bünde gehaspelt verkaufte (Post. 6. 150 Fr.), wie er auch alle übrigen Auslagen an sich zu tragen hat, welche ihm daraus erwachsen sind, daß er über einen Theil der Lieferung disponirte. Hieher gehören die Posten 1 (40 Fr.), 2 (11 Fr. 05), 3 (3 Fr. 65), 4 (25 Fr.) und 5 (13 Fr. 35).

9. Gutzuheißen ist natürlich der dem Kläger auf der Dispositionswaare entgangene Gewinn, welcher laut Expertise 643 Fr. 82 beträgt und dazu kommen weitere 10 Fr. Auslagen für den Rücktransport dieser Waare auf die Station Aathal (Post. 8), die event. anerkannt worden sind, sodaß die gutzuheißende Schadenersatzforderung den Gesammtbetrag von 653 Fr. 82 erreicht.

Lebensversicherung.

Antrag zum Vertragsabschluß mit der Verpflichtung des Offerenten, sich binnen bestimmter Frist ärztlich untersuchen zu lassen, den Antrag auch noch eine gewisse Zeit über die Untersuchung hinaus aufrecht zu erhalten, im Falle seiner Annahme die Police einzulösen und auf alle Fälle die ganze Prämie des I. Jahres zu zahlen.

Streit über die Perfection und Gültigkeit dieses Vorvertrages.

Anfechtung wegen betrügerischer Verleitung zum Abschluß (Inaussichtstellen von Vortheilen, die unmöglich eintreten können).

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 20. November 1888.

Am 12. Februar 1888 unterzeichnete J. J. Stählin-Rebmann in Riesbach folgende Urkunde:

Antragsformular zu einer Obligations- (Frei-Tontinen)-Versicherung.

Versicherungsantrag

an die Equitable, Lebensversicherungsgesellschaft der Vereinigten Staaten, in New-York.

Durch Gegenwärtiges beantrage ich bei der Equitable, Lebensversicherungsgesellschaft der Vereinigten Staaten, die Versicherung meines Lebens zum Betrage von 10,000 Fr.

Ich erkläre, daß ich mäßige und regelrechte Lebensgewohnheiten habe, im Besitze einer vollkommen gesunden Constitution bin und mich mithin sehr wohl zur Aufnahme in obiges Institut eigne.

Durch die Unterzeichnung dieses Vertrages verpflichte ich mich, binnen zweier Wochen die ärztliche Untersuchung durch den Ver-

trauensarzt der Gesellschaft an mir vornehmen zu lassen und gegenwärtigen Antrag während dreier Monate nach stattgehabter ärztlicher Untersuchung in Kraft zu erhalten. Ich verpflichte mich ferner, die gegen diesen Antrag ausgestellte Police innerhalb 30 Tagen nach Erhalt der Zahlungsaufforderung einzulösen und auf alle Fälle die ganze Prämie des ersten Jahres sowie die Prämiengebühr und etwaige Stempelkosten unverweigerlich zu zahlen.

Stählin-Rebmann.

Auf der Rückseite dieser Urkunde beantwortete Stählin ferner eine Reihe von Fragen, die zum Zwecke genauer Feststellung des dem beantragten Versicherungsvertrag zukommenden Inhaltes gestellt waren. Die jährlich zu bezahlende Prämie ist hier auf 284 Fr. 60 Rp. festgesetzt. Stählin wünscht den Versicherungsvertrag ausdrücklich zu Gunsten seiner Frau und Kinder einzugehen. Er antwortet auf eine bezügliche Frage, daß er eine Frei-Tontinenversicherung wünsche, gemäß welcher nach Ablauf eines Jahres vom Tage der Ausfertigung angerechnet keinerlei Einschränkungen hinsichtlich etwaiger Reisen, des Wohnortes oder der Beschäftigung eintreten und erklärt sich damit einverstanden, daß bei der Vertheilung des Ueberschusses sowohl am Ende der Tontinen-Periode als auch später, falls die Police alsdann in Kraft bleiben soll, die Dividenden derselben auf die Erfahrung der Gesellschaft mit Frei-Tontinen-Policen bassirt sein sollen. Die Tontinen-Periode wird auf 20 Jahre festgesetzt.

Die Tontinen-Versicherung ist eine Versicherung mit Betheiligung der Versicherten an den Jahresüberschüssen der Gesellschaft, die Gewinnantheile werden aber nicht alljährlich vertheilt, sondern während der ganzen Tontinen-Periode angesammelt und erst nach Ablauf derselben an die damals noch lebenden Versicherten der betreffenden Periode ausbezahlt. Wer vorher stirbt oder die Versicherung durch Verzicht aufgibt, erhält nichts vom Gewinn, sein Antheil wächst den Andern an. Wer den Ablauf der Periode erlebt, kann den Deckungswerth der Police plus Gewinnantheil beziehen, womit die Versicherung erlöscht oder er kann eine sogenannte volleinbezahlte Police auf die Versicherungssumme plus Gewinnantheil verlangen und muß dann keine Prämie bezahlen oder er läßt endlich die alte Police fortbestehen und bezieht den Gewinnantheil in der Form einer lebenslänglichen Rente, die ihm noch einen gewissen Betrag über die Prämie hinaus sichern soll.

Sogenannte *Ganz*-Tontinen-Versicherungen schließt die Equitable seit Januar 1887 nicht mehr ab, weil ihr dieß vom eidgenössischen Versicherungsamt untersagt wurde. Bei Stählin-Rebmann handelte es sich um eine *Halb*-Tontinen-Versicherung. Der zwischen den beiden Arten bestehende Unterschied ist hier unerheblich.

Stählin-Rebmann übergab die Eingangs erwähnte Urkunde sofort nach der Unterzeichnung dem Inspektor der Gesellschaft Namens Emmerling, schrieb dann aber am 2. März 1888 an den Nämlichen, daß er von einer Versicherungsnahme bei der Equitable absehe. Am gleichen Tage kam die Antwort, es werde an der einmal eingegangenen Verpflichtung, sich ärztlich untersuchen zu lassen und auf alle Fälle die erste Prämie zu zahlen, festgehalten, Stählin erwiderte jedoch am 3. März, er sei nun versichert, die angedrohten Folgen gehen ihn nichts an, man solle sich an Herrn Tiegel, Oberinspektor der Rentenanstalt wenden. Stählin hielt auch in der Folge sowohl gegenüber der Direktion der Equitable als gegenüber dem von dieser bestellten Anwalt an seiner Weigerung, sich untersuchen zu lassen, fest und blieb auch gegenüber einem Befehl des Audienzrichters renitent.

Nunmehr verlangte die Equitable auf dem ordentlichen Prozeßweg Zahlung von 284 Fr. 60 Rp. als Betrag einer Jahresprämie.

Der Beklagte wendete ein:

1. Er sei von der Vertragsofferte zurückgetreten, bevor solche der Gesellschaft zur Kenntniß gelangt und von ihr acceptirt worden sei.
2. Er habe sich mündlich den Rücktritt bis zur ärztlichen Untersuchung oder Einlösung der Police vorbehalten.
3. Der Vertrag sei überhaupt kein klagbarer, weil der Abschluß von Ganz-Tontinen-Versicherungen der Klägerin ver-

boten und sie ja ihrerseits gar nicht gebunden worden sei, sondern jederzeit habe zurücktreten können.

4. Er sei durch betrügerische Vorspiegelungen zur Unterzeichnung der Urkunde veranlaßt worden, denn der Inspektor habe ihm unter Vorweisung eines Prospektes erklärt, es werden bei dieser Versicherung ganz bedeutende Gewinne gemacht, die Prämien werden mit Zins und Zinseszinsen zurückbezahlt, Risico bestehe gar keines, der volle Gewinn komme den Versicherten zu etc., während durch Expertise nachgewiesen werden wolle, daß diese Versprechungen unmöglich erfüllt werden können.
5. Die Verpflichtung zur Zahlung einer Jahresprämie beziehe sich nur auf den Fall der Nichteinlösung der Police *nach* stattgehabter ärztlicher Untersuchung, es könnte also nur Schadenersatz verlangt werden, ein Schaden sei aber nicht eingetreten, eventuell handle es sich um eine Conventionalstrafe, die reduzirt werden müsse.

Die Klage wurde gutgeheissen.

Gründe:

1. Der Beklagte hat, indem er der Klägerin den Antrag auf Abschluß eines inhaltlich genau umschriebenen Versicherungsvertrages stellte, die Verpflichtung eingegangen, sich innerhalb zweier Wochen ärztlich untersuchen zu lassen, d. h. diejenige Handlung vorzunehmen, welche die Grundlage bilden sollte für die durch die Gesellschaft zu treffende Entscheidung darüber, ob der Versicherungsantrag angenommen werden könne oder nicht. Die Verpflichtung wurde ausgesprochen gegenüber dem Inspektor der Gesellschaft und ist von diesem durch die Entgegennahme des Verpflichtungsscheines acceptirt worden. Da der Inspektor hiebei als förmlicher Vertreter der Gesellschaft handelte, dessen Aufgabe gerade darin besteht, sei es direkt oder durch Vermittlung von Unterorganen, Versicherungsanträge mit solchen Verpflichtungen entgegenzunehmen, so ist die Verbindlichkeit der Verpflichtung für den Kläger mit der Einhändigung des Verpflichtungsscheines an den Inspektor ins Leben getreten und somit die Auffassung verfehlt, daß auch in dieser Richtung nur eine Offerte vorliege, die vor ihrer Annahme durch die Gesellschaft wieder zurückgezogen worden sei. Die Annahme der Gesellschaft fällt juristisch zusammen mit der Annahme durch den Inspektor als ihrem Stellvertreter und diese ist lange vor dem sogenannten Widerruf erfolgt. Der Beklagte anerbietet den Beweis durch Zeugen dafür, daß er sich den freien Rücktritt bis zur ärztlichen Untersuchung oder Einlösung der Police vorbehalten habe. Allein diese Beweisantretung kann nicht gehört werden, sie ist so ziemlich unverständlich. Auf was soll sich der Rücktrittsvorbehalt bezogen haben? Auf die Verpflichtung, sich ärztlich untersuchen zu lassen? Das ist ganz unmöglich, denn diese Verpflichtung ist nach der schriftlichen Vertragsurkunde unbedingt und vorbehaltslos eingegangen worden. Es hat ja gar keinen Sinn, zu sagen, man habe sich verpflichtet und gleichzeitig vorzutragen, daß der freie Rücktritt vorbehalten worden sei, denn die letztere Behauptung enthält eine Negation der erstern. Wer sagt, er verpflichte sich, behalte sich aber vor, jeden Augenblick zurückzutreten, verpflichtet sich eben nicht. Für das, was der Beklagte erklärt hat, ist nun einzig die schriftliche Vertragsurkunde maßgebend und diese enthält die unbedingte Verpflichtungserklärung, sie bildet den besten Gegenbeweis gegen die Behauptung, daß er sich *nicht* verpflichtet habe mit dem Beifügen des Vorbehaltes, daß es in seinem Belieben liegen solle, sich untersuchen zu lassen oder nicht. Wäre übrigens ein solcher Vorbehalt gemacht worden, so könnte es dabei nur die Meinung gehabt haben, daß weil die Verpflichtung, sich ärztlich untersuchen zu lassen, nicht erzwingbar sei, auch der Rücktritt davon nicht verhindert werden könne, also möglich sei, in welchem Falle dann aber eben das Interesse im Betrage einer Jahresprämie vergütet werden müsse. Es ist möglich, daß der Beklagte sagen will, der Rücktrittsvorbehalt habe sich auf den Versicherungsantrag bezogen. Allein auch damit ist es ja offensichtlich nichts. Die vorbehaltslose und unbedingte Verpflichtung, sich ärztlich untersuchen zu

lassen, enthält natürlich von selbst auch die Erklärung, daß der Versicherungsantrag ein verbindlicher sei, es liegt darin von selbst der Verzicht auf einen Widerruf dieses Antrages bis nach stattgefundener ärztlicher Untersuchung, denn wenn die Pflicht, sich der letztern zu unterwerfen, eine unbedingte ist, so kann daneben nicht gleichzeitig das Recht bestehen, den Antrag beliebig zurückziehen zu dürfen, weil dadurch jene Pflicht wieder illusorisch gemacht würde. Der Beklagte hat ausdrücklich erklärt, seinen Antrag auch noch während dreier Monate nach stattgefundener ärztlicher Untersuchung in Kraft zu erhalten, auch diese Bestimmung aber hätte keinen Sinn, wenn es die Meinung gehabt hätte, daß er denselben vorher beliebig zurückziehen könne.

2. Für den Fall, als er sich trotz der eingegangenen Verpflichtung nicht ärztlich untersuchen lassen oder nach vorgenommener Untersuchung und rechtzeitiger Aufforderung zur Zahlung der ersten Prämie die Police nicht einlösen und dadurch das Zustandekommen des Versicherungsvertrages selbst vereiteln sollte, hat sich der Beklagte zur Zahlung der ersten Prämie nebst Spesen verpflichtet. Es handelt sich dießfalls um eine vertragliche Fixirung des Interesses, das die Klägerin am Zustandekommen des Versicherungsvertrages hatte, um die Verabreduug einer Conventionalstrafe für den Fall, als der Vorvertrag nicht erfüllt werden sollte.

Die Voraussetzung des Conventionalstrafversprechens ist eingetreten und damit das letztere selbst wirksam geworden, woraus die Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung der eingeklagten Summe folgt. Von einer Ermäßigung der vereinbarten Conventionalstrafe kann keine Rede sein, weil von einem Uebermaß derselben bei Weitem nichts zu entdecken ist. Man hat nun freilich versucht, die Verpflichtung zur Zahlung der ersten Prämie auf den in der Vorvertragsurkunde zuletzt erwähnten Fall einer Nichteinlösung der Police nach erfolgter ärztlicher Untersuchung einzuschränken, allein der Versuch muß als mißlungen bezeichnet werden. Der Ausdruck: „und auf *alle* Fälle die erste Prämie zu zahlen," schließt eine Einschränkung dieser Verpflichtung auf den einen Fall der Nichteinlösung der Police aus. Die Meinung ist einfach die, der Beklagte soll das Seinige thun, um den Abschluß des Versicherungsvertrages zu ermöglichen und auf alle Fälle, d. h. wenn er dies nicht thut, indem er die ärztliche Untersuchung zurückweist oder die Police nicht einlöst, das Interesse in der Höhe einer Jahresprämie nebst gewissen Spesen ersetzen. Vielleicht ist sogar noch ein weiterer Fall damit eingeschlossen, dieß aber hier nicht zu untersuchen. Endlich müßte der Schaden aus der Weigerung des Beklagten, sich der ärztlichen Untersuchung zu unterwerfen, jedenfalls auch ohne eine vertragliche Fixirung in der eingeklagten Höhe angenommen werden, weil davon auszugehen wäre, die Untersuchung hätte zur Annahme des Versicherungsantrages geführt und daraus wäre der Klägerin doch wohl zum Mindesten ein Vortheil im eingeklagten Umfange zugekommen. Alle Ausführungen, welche beklagterseits zur Begründung der Behauptung gemacht worden sind, daß der Vertrag kein klagbarer sei, bedürfen kaum einer ernstlichen Widerlegung. Es handelt sich gar nicht um eine sogenannte *Ganz*-Tontinen-Versicherung, deren Abschluß der Klägerin vom eidgenössischen Versicherungsamt untersagt worden ist und wenn es auch vollständig richtig ist, daß die Klägerin nach eingetretener ärztlicher Untersuchung freie Hand gehabt hätte, den Versicherungsantrag anzunehmen oder nicht, so ist doch kaum verständlich, wie daraus folgen soll, daß die Verpflichtung des Beklagten, sich untersuchen zu lassen, und dadurch diejenige Grundlage zu schaffen, welche absolut erforderlich war, um der Klägerin eine Entscheidung über Annahme oder Nichtannahme des Versicherungsvertrages zu ermöglichen, — keine verbindliche gewesen sei. Man nahm als selbstverständlich an, daß wenn die ärztliche Untersuchung günstig ausfalle, die Annahme des Versicherungsantrages erfolge, dafür aber, daß dieser Fall überhaupt eintreten könne und nicht von vornherein ausgeschlossen sei, sicherte man sich eben durch den Vorvertrag.

3. Auch die Anfechtung des Vorvertrages wegen angeblich betrügerischer Verleitung

des Beklagten zu dessen Abschluß hält nicht Stich. Im Vorvertrag (siehe Rückseite Frage 9) erklärte sich der Beklagte damit einverstanden, daß die Berechnung der ihm zukommenden Gewinndividende auf die Erfahrungen der Gesellschaft mit Freitontinenpolicen basirt sein soll und wenn ihm auch gesagt worden sein sollte, es sei nach diesen Erfahrungen möglich, daß, falls er den Ablauf der Tontinen-Periode erlebe, ihm das einbezahlte Prämienkapital mit Zins und Zinseszinsen rückvergütet werden könne, so ist das deßwegen gleichgültig, weil die Unrichtigkeit einer solchen Aeußerung weder dargethan noch gehörig zum Beweise verstellt worden ist. Der Bericht des eidgenössischen Versicherungsamtes über die privaten Versicherungsunternehmungen in der Schweiz vom Jahre 1886 constatirt, daß nach einer Enquête, welche der Senat des Staates Ohio im Jahre 1885 bezüglich der sogenannten Tontinenversicherungen veranstaltete, die in den Prospekten der amerikanischen Gesellschaften als Schätzungen in Aussicht gestellten Gewinne erzielt werden konnten und daß diese Gewinne, wie ein Beispiel zeigt, in der That eine Höhe erreichten, welche die Rückzahlung der Prämien mit Zinsen und vielleicht auch Zinseszinsen erlaubten. War das im Jahre 1885 möglich, so konnte es auch im Jahre 1887 als möglich in Aussicht gestellt werden, ohne daß man deßwegen berechtigt ist, von Betrug zu sprechen. Von Dolus kann in einem derartigen Falle um so weniger gesprochen worden, als es sich ja dabei ganz naturgemäß, wie Jedermann weiß, nicht um die Eröffnung *sicherer*, sondern nur im günstigsten Fall eintretender Perspektiven handelt. Das wußte natürlich auch der Beklagte. Die Anrufung einer Expertise dafür, daß die im Prospekte in Aussicht gestellten Gewinne niemals erzielt werden können, ist eine sehr wohlfeile Beweisantretung, die unmöglich genügen kann, sie hätte zum Mindesten dahin gehen müssen, daß die Resultate, welche von der Klägerin als mögliche hingestellt werden, von ihr weder jemals erzielt worden seien noch überhaupt, selbst bei den denkbar günstigsten Conjuncturen je erzielt werden können. Ein solcher Beweis wäre aber anders als durch eine eingehende Untersuchung der klägerischen Geschäftsführung an Ort und Stelle niemals zu erbringen und eine derartige Untersuchung wollte sicherlich auch der Beklagte nicht veranlassen. Ueberdem ist der Gegenbeweis durch den Bericht des Versicherungsamtes bereits geleistet. Das Bezirksgericht sagt auch mit Recht, daß es sich hier eventuell nur um gewöhnliche Anpreisungen gehandelt habe, wie sie bei allen Versicherungsgesellschaften *ohne Ausnahme* vorkommen, denen aber Niemand entscheidendes Gewicht beilegt. Zu billigen sind dieselben sicherlich nicht, allein zu Vertragsanfechtungen genügen sie nicht. Wo das Maß zu sehr überschritten wird, wird auch das Einschreiten der Staatsaufsicht nicht lange auf sich warten lassen, die Klägerin aber besitzt ihre Concession heute noch und wird somit ihr Geschäftsbetrieb an maßgebender Stelle nicht beanstandet.

Die Schrift als gesetzl. Vertragsform.

Ungültigkeit einer mündlichen Verabredung, welche die Beifügung einer Bedingung zu dem schriftlich beurkundeten Vertragswillen zum Gegenstand hat. Standpunkt, daß der Vertrag unter einer nicht eingetretenen „Voraussetzung" abgeschlossen worden sei.

Obergericht Zürich, Appellationskammer,
10. November 1888.
Vogel ca. Schrag.

Der Gerber Vogel zur Moosente in Schaffhausen hatte an Alfred Schrag in Langwiesen 4500 Fr. Kapital laut Schuldbrief und 450 Fr. als zwei verfallene Zinsen zu fordern. Er betrieb den Schuldner für beide Beträge bis zum Konkurs. Die Eröffnung des letztern erfolgte am 9. November 1887 und die Publikation am 16. gl. Monats. Neben Vogel traten im Konkurs nur noch 6 Gläubiger mit Ansprachen im Gesammtbetrage von rund 900 Fr. auf. Der Gemeinschuldner wollte die Wiederaufhebung des Konkurses bewirken und wandte sich dießfalls zunächst an den Hauptgläubiger Vogel, indem er ihm die

Bürgschaft seines Vaters Heinrich Schrag als Sicherstellung für Kapital- und Zinsforderung in Aussicht stellte. Die bezüglichen Unterhandlungen hatten sodann die Unterzeichnung, folgender, „Bürgschein" überschriebener und vom 1. Dezember 1887 datirter Urkunde durch den Vater Heinrich Schrag zur Folge:

„Der Unterzeichnete H. Schrag in Langwiesen verpflichtet sich anmit als unbedingter Bürg- und Selbstzahler für diejenigen 4500 Fr. Kapital und zwei ausstehenden Jahreszinsen nebst laufendem Zins und Kosten, welche der Sohn Alfred Schrag dem Gerber Vogel schuldet."

„Im Ferneren gibt Vater Schrag zur weitern Deckung benannten Kapitals 5 Vierling Land im Vorbühl als Pfand."

Am 17. Dezember 1887 unterschrieb Vogel mit 4 andern Gläubigern eine Erklärung des Inhalts, daß er seine unbedingte Zustimmung zur Aufhebung des Konkurses gebe, trotzdem kam es aber nicht zu dieser Aufhebung, weil die Zustimmung der übrigen zwei Gläubiger nicht beigebracht wurde. Ob sie solche verweigert haben oder gar nicht darum gefragt wurden, steht nicht fest, wohl aber ist Thatsache, daß Vater Schrag das zu Pfand versprochene Grundstück schon am 12. Dezember 1887 einem Dritten zugefertigt hat und Vogel mit seinem Gesuch um Sperrung der Notariatsprotokolle zu spät gekommen ist. Der Konkurs über Alfred Schrag, Sohn, wurde also durchgeführt. Vogel kam mit 447 Fr. 50 zu Verlust und für diesen Betrag belangte er nun den Vater Heinrich Schrag als Bürgen. Dieser bestritt jedoch die Schuldpflicht und nahm dabei neben verschiedenen andern, hier nicht weiter interessirenden Standpunkten auch den ein, die Bürgschaftsverpflichtung sei von der mündlich vereinbarten Bedingung abhängig gemacht worden, daß der Konkurs aufgehoben werde und Mangels Eintrittes dieser Bedingung nicht zur Perfektion gelangt.

Wie die übrigen, so wurde auch dieser Standpunkt verworfen und der Beklagte zur Zahlung angehalten.

Gründe:

Die Bürgschaftsverpflichtung ist nach ihrem Wortlaut bedingungslos eingegangen worden. Ist aber für einen Vertrag die schriftliche Form gesetzlich vorgeschrieben und sie ist es für den Bürgschaftsvertrag, so gilt diese Vorschrift nach Art. 11 des O.-R. auch für jede Abänderung desselben mit Ausnahme von ergänzenden Nebenbestimmungen, welche mit der Urkunde nicht im Widerspruche stehen. Eine Bedingung, von deren Eintritt die Rechtswirksamkeit des Vertrages abhängt, ist nun gewiß eine Bestimmung, welche mit der bedingungslos ausgestellten Bürgschaftsverpflichtung im Widerspruch steht. (Vergleiche Commentar von Schneider und Fik zu Art. 11 O.-R.) Folglich ist die mündliche Vereinbarung, daß die Bürgschaft nur insofern wirksam sein solle, als der Konkurs aufgehoben werde, gesetzt, sie sei in der That zu Stande gekommen, rechtlich einfach ungültig. Aus den Akten geht übrigens nicht hervor, daß auch nur mündlich eine solche Vereinbarung zwischen den Partheien zu Stande gekommen sei. Erwiesen ist weiter nichts, als daß der Kläger versprochen hat, gegen die Bürgschaft seine Zustimmung zur Aufhebung des Konkurses zu geben, was auch geschehen ist.

2. Die Aufhebung des Konkurses kann auch nicht etwa als selbstverständliche Voraussetzung des Bürgschaftsvertrages angesehen werden, deren Wegfall die Erfüllung des Vertrages zwecklos oder unmöglich machen würde. Es braucht in dieser Beziehung wohl keiner weitern Begründung. Allerdings hatte es für den Beklagten nur einen Sinn, die Bürgschaft einzugehen unter der Voraussetzung, daß der bereits über den Schuldner eröffnete Konkurs rückgängig gemacht werde. Glaubte er aber die Aufhebung des Konkurses lediglich durch die Eingehung der Bürgschaft veranlassen zu können, so war dieß ein Irrthum im Beweggrunde, auf den nichts ankommen kann. Mit der Bürgschaftsleistung war eben nur die Zustimmung des *Klägers* zur Konkursaufhebung gesichert, nicht aber auch diejenige aller übrigen Gläubiger und doch wäre diese ebenfalls nothwendig gewesen, um den einmal eröffneten

und publicirten Konkurs wieder rückgängig machen zu können. Der Kläger nahm an, daß er das Recht aus dem Bürgschaftsvertrag mit Ertheilung seiner Zustimmung zur Konkursaufhebung unter allen Umständen erworben habe, indem er davon ausging, daß es Sache des Beklagten, bezw. seines Sohnes sei, für die Einwilligung der übrigen Gläubiger zu sorgen und die Erhältlichmachung oder Nichterhältlichmachung dieser Einwilligung an seinem Rechtserwerb nichts mehr ändern könne. Daß beim Beklagten eine andere Auffassung obgewaltet, ist durchaus nicht selbstverständlich und wird namentlich durch die Betrachtung nicht bewiesen, daß er angenommen hat, es werde die Einholung der Zustimmung zur Konkursaufhebung seitens der übrigen Gläubiger keinerlei Schwierigkeiten begegnen. Eventuell aber wäre seine anderweitige Aufassung rechtlich nur dann von Bedeutung, wenn er dieselbe in einer für den Kläger erkennbaren Weise kundgegeben hätte, was nicht geschehen ist.

Vertragsschliessung unter Abwesenden.

Antrag ohne Annahmefrist. Dauer seiner Verbindlichkeit. (Art. 5 des O.-R.) Angeblicher Vorbehalt von Nebenpunkten (Art. 2 des O.-R.)

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 13. November 1888.
Hartung ca. Hagnauer.

Der Verpächter eines Mühlegewerbes fand kurz nach Abschluß des Pachtvertrages vom 12. Februar 1888, daß es richtiger wäre, wenn er die Pachtobjekte, wie bis anhin, so auch weiter selbst bewerben würde und schrieb deßhalb dem Pächter am 16. Februar, er möchte doch gegen eine Entschädigung auf die Pacht verzichten. Dieser antwortete am 18. Februar, er sei zum Verzicht bereit, jedoch nur gegen Bezahlung einer Entschädigung von 1000 Fr., worauf ihm der Verpächter am 20. Februar 300 Fr. offerirte, jedoch am 22. gl. Monats die Antwort erhielt, daß, wenn die verlangten 1000 Fr. nicht bezahlt werden, der Pächter laut Vertrag am 1. März antrete. Nunmehr erhöhte der Verpächter seine Entschädigungsofferte, indem er seinem Mitcontrahenten am 1. März amtlich anzeigte, er bezahle ihm für den Rücktritt 700 Fr. Dieser Anzeige fügte derselbe bei, daß wenn das Anerbieten nicht angenommen werde, jener die Pacht anzutreten und die vertragliche Caution von 500 Fr. (für richtige Erfüllung seiner Verbindlichkeiten) bis am 2. März zu leisten habe, ansonst angenommen würde, der Vertrag sei erloschen. Der Pächter verfaßte eine Gegenanzeige, dahin gehend, daß er an der Forderung von 1000 Fr. festhalte und eventuell die Pacht antrete. Die Anzeige brachte er persönlich dem Gemeindammann von Regensdorf und sie wurde dem Verpächter denn auch, wie wohl erst am 3. März angelegt. Dieser bescheinigte den Empfang mit der Bemerkung: „Zugleich theile H. mit, daß er die Pacht anzutreten hat,“ und bestätigte diese Bemerkung mit besonderem Brief vom 5. März. Nun am 7. März schrieb der Kläger auf einmal, er habe sich die Sache überlegt und acceptire nun die proponirte Entschädigung von 700 Fr., er erhielt aber zur Antwort, daß die Offerte längst dahingefallen sei und also nicht mehr angenommen werden könne.

Der Pächter, der nun nicht mehr antreten wollte, glaubte das perfecte Zustandekommen eines Auflösungsvertrages mit einer Entschädigungsstipulation von 700 Fr. geltend machen zu können und klagte deßhalb diese Summe aus dem Titel des Vertrages ein. Er behauptete, daß die amtliche Anzeige vom 3. März, in welcher eine Ablehnung der Offerte seines Gegners vom 1. März erblickt werden könnte, deßwegen außer Betracht falle, weil sie vom Gemeindammann irrthümlicher Weise entgegen seinem Willen angelegt worden sei. Allerdings habe er solche dem letztern selbst gebracht und gleichzeitig die Caution von 500 Fr. hinterlegen wollen, allein er sei dann von diesem belehrt worden, daß es richtiger sei, die 700 Fr. zu acceptiren und man habe deßhalb ausgemacht, der Gemeindammann solle die Anzeige nicht absenden, sondern dem Ver-

pächter gegentheils mittheilen, daß seine Offerte angenommen werde, ein damals in der Familie des Gemeindammanns eingetretener Todesfall habe dann aber zur Folge gehabt, daß dieser den wirklichen Sachverhalt vergessen und gerade das Gegentheil von dem gethan habe, was er hätte thun sollen.

Die Klage wurde abgewiesen.

Gründe:

1. Es handelt sich um eine Vertragsschließung unter Abwesenden und da der Antrag ohne Bestimmung einer Frist gestellt wurde, so blieb der Antragsteller (Beklagter) nur bis zu dem Zeitpunkte gebunden, in welchem er den Eingang der Antwort bei ordnungsmäßiger, rechtzeitiger Absendung derselben erwarten durfte (Art. 5 des O.-R.). Der Antrag auf Vertragsauflösung gegen 700 Fr. Entschädigung kam dem Kläger rechtzeitig am 1. März 1888 zu, er ließ aber die Annahme desselben erst am 7. März abgehen und diese Absendung der Acceptation kann nicht als eine rechtzeitige angesehen werden. Der Beklagte durfte auf einen viel frühern Eingang der Antwort rechnen, wenn man berücksichtigt, daß die Parteien nicht zwei Stunden auseinander wohnen und sich vor dem 1. März Briefe und Antworten im Zeitraume von je nur 2 Tagen folgten (16., 18., 20. und 22. Februar). Aus der Bemerkung des Beklagten auf der amtlichen Anzeige vom 3. März: „Zugleich theile H. mit, daß er die Pacht anzutreten hat“ und dem diese Bemerkung bestätigenden Brief vom 5. März konnte der Kläger überdem entnehmen, daß jener nicht gewillt sei, sich länger als gebunden zu erachten und dennoch hat er auch daraufhin die Annahme nicht *sofort* erklärt.

2. Muß hienach davon ausgegangen werden, daß der Beklagte bei Ankunft der Annahme seines Antrages (7. März) an den letztern nicht mehr gebunden war, so konnte jene auch das Zustandekommen des Vertages nicht bewirken. Das Klagefundament ist somit nicht gegeben, auch wenn man davon ausgeht, daß die amtliche Anzeige vom 3. März, weil dem Beklagten angeblich gegen den Willen des Klägers zugestellt, außer Betracht falle und deßwegen nicht von einer *ausdrücklichen* Ablehnung des Antrages gesprochen werden könne. Die Ablehnung muß laut Gesetz (Art. 5) in der nicht rechtzeitigen Annahme gefunden werden.

3. Der Kläger hat nun freilich noch den weitern Standpunkt eingenommen, die Parteien hätten sich sowohl über die Auflösung des Vertrages als darüber geeinigt, daß der zurücktretende Verpächter *grundsätzlich* schadenersatzpflichtig sei und nur über die Höhe der Entschädigung sei keine Uebereinstimmung erzielt worden, dieser Umstand aber könne bloß zur Folge haben, daß der Richter, der gemäß Art. 2 des O.-R. einen verbindlichen Vertrag vor sich habe, über diesen Nebenpunkt, die Höhe der Entschädigung, nach freiem Ermessen entscheiden müsse. Allein auch dieser Standpunkt kann nicht als richtig anerkannt werden. Denn er befindet sich in direktem Widerspruch mit den schriftlichen Erklärungen der Parteien, welche stets die Alternative einer Entschädigung *von bestimmter Höhe* oder dann Erfüllung des Vertrages sich gestellt haben, sodaß angenommen werden muß, es sei jeder Partei der Betrag der Entschädigung nicht ein Nebenpunkt, sondern geradezu ausschlaggebend gewesen für ihre Entscheidung, ob der Vertrag zu erfüllen oder zu lösen sei.

Kauf.

Erfüllungsklage des Verkäufers. Qualification der Klageinlassung. Bestreitung vorausgegangener Erfüllung seitens des Klägers oder Geltendmachung des Nichtvorhandenseins einer zugesicherten Eigenschaft der Kaufssache? Einfluß auf die Beweislast.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 17. November 1888.
Amrein ca. Mahler.

Ein Weinhändler lieferte einem Wirth 599 Liter *dunkel*rothen Ungarwein, dieser verweigerte aber die Annahme, weil er nicht *dunkel*rothen, sondern bloß *mäsig* rothen oder *schiller*rothen und speziell Wein bestellt

habe, der zum Ausschenken tauglich sei, während der gelieferte nur zum Coupiren verwendet werden könne. Der Verkäufer bestritt die letztere Behauptung und stellte die Kaufpreisklage. Der Beklagte beantwortete diese dahin, es gehöre der Nachweis für die Uebereinstimmung zwischen Lieferung und Bestellung bezw. dafür, daß der gelieferte Wein auch der bestellte und kein anderer sei, zum Klagefundament, liege also dem Kläger ob und da er nicht geleistet werden könne, so müsse die Klage abgewiesen werden. Das Gericht entschied jedoch anders, nämlich dahin, daß der Käufer den Wein anzunehmen und zu bezahlen habe.

Gründe:

1. In der Behauptung des Beklagten, daß er nicht, wie ihm geliefert worden, *dunkel*rothen, sondern bloß *mässig* rothen oder schillerrothen Ungarwein bestellt habe, liegt richtig aufgefaßt nicht das Vorbringen, daß eine ganz andere Waare als gekauft, geliefert worden sei. Dieß wäre nur dann der Fall, wenn der Wein, je nachdem er dunkel- oder schillerroth ist, einer ganz andern Gattung angehören würde, davon aber ist keine Rede und ist dieß denn auch nicht behauptet worden. Die richtige Auffassung ist hienach vielmehr die, daß in der Behauptung des Beklagten, er habe schillerrothen Wein bestellt, nur das Vorbringen gefunden werden kann, es sei zwar das bestellte Genus (rother Ungarwein mittelguter Qualität) geliefert worden, jedoch insofern nicht in vertragsgemäßer Beschaffenheit, als der Wein gemäß spezieller Verabredung bezw. Zusicherung des Verkäufers von Farbe schiller- statt dunkelroth sein sollte. Es liegt mit andern Worten die Einlassung vor, daß dem Beklagten eine spezielle Eigenschaft des Weines (schillerrothe Farbe) zugesichert worden sei und daß er mit Rücksicht auf das Fehlen dieser Eigenschaft beim gelieferten Wein denselben aus dem Gesichtspunkte der Gewährleistung des Verkäufers für thatsächliche Mängel zurückbieten könne. Davon ausgehend ist nun aber ganz klar, daß der Beklagte die Zusicherung der genannten speziellen Eigenschaft zu beweisen hat, und nicht der Kläger die Nichtzusicherung derselben und da er diesen Beweis nicht leisten konnte, so muß davon ausgegangen werden, daß die Erfüllung des Klägers eine vertragsgemässe sei, diese Annahme aber hat die Gutheißung der Klage zur Folge.

2. Der Beklagte hat nun freilich im Fernern geltend gemacht, er habe zum Ausschank tauglichen Wein bestellt, während der gelieferte Wein nur als Coupirwein verwendet werden könne. Allein unterstellt auch, der reine Coupirwein müsse im Gegensatz zu demjenigen, der nur zum Ausschenken oder zu beiden Zwecken verwendet werden kann, als eine besondere Gattung von Wein bezeichnet werden und es könne deßhalb in jenem Vorbringen in der That die Behauptung erblickt werden, es sei eine ganz andere Waare als die bestellte geliefert worden, weßhalb der *Kläger* für das Gegentheil beweispflichtig sei, so ist das deßwegen unerheblich, weil der letztere durch das Beweismittel der Expertise dargethan hat, daß der gelieferte Wein nicht reiner Coupirwein, sondern auch zum Ausschank wohl verwendbar, mit dieser Feststellung aber nachgewiesen ist, daß er den Vertrag auch dann erfüllt hat, wenn als Inhalt desselben die Lieferung von Wein angenommen wird, der zum Ausschank tauglich ist.

Kauf.

Bestimmung des Preises als Erforderniß seiner Gültigkeit.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 17. November 1888, i. S. Weber ca. Petermann.

Ein Ehemann erklärte in einer Urkunde, die den Titel: „Sicherstellung" trägt und vom 20. Februar 1888 datirt, er habe von seiner Frau aus Landverkäufen 3600 Fr. erhalten und trete ihr nunmehr zur Sicherstellung der dadurch begründeten Frauengutsforderung nachstehende Artikel ab. Als solche werden dann genannt: eine Reihe von Küferwerkzeug, dazu „sämmtliche Lager- und Transportfässer sammt Inhalt", ferner „vier Mannskleidungen nebst sämmtlichen

Hemden, Nastüchern und Stiefeln, sowie eine silberne Cylinderuhr", endlich „das Hauptbuch sammt Inhabern" und „der sämmtliche Jahresnutzen an Obst- und Eutterwachs". Ungefähr $2^1/_2$ Monate nach Abschluß dieses Rechtsgeschäftes wurde der Mann für eine Forderung von 230 Fr. betrieben und es schrieb der Gemeindammann dem Gläubiger die in der genannten Urkunde enthaltenen Gegenstände als Pfänder ein. Nun trat aber die Frau des Schuldners als Vindikantin auf, indem sie behauptete, es seien ihr die Pfandobjekte durch jenes Rechtsgeschäft verkauft und per constitutum possessorium tradirt worden. *Die Klage wurde aber abgewiesen.*

Gründe:

In einem verwandten Falle (siehe Nro. 22 dieser Blätter vom 1. Dezember Seite 347, Urtheil der Appellationskammer in Sachen Weil ca. Meier-Haarlacher vom 29. September 1888) wurde jüngst eine Eigenthumsabtretung von Seite des Ehemannes an die Ehefrau geschützt, indem dort angenommen werden mußte, der Kaufpreis sei gleich dem Betrag der zu deckenden Weibergutsforderung angesetzt worden.

Im vorliegenden Falle aber mangelt die *Bestimmung eines Kaufpreises* gänzlich. Die Gegenstände, welche der Klägerin zu Eigenthum abgetreten werden sollten, sind nicht nach ihrem Werthe taxirt. Ja sie sind zum größten Theile so unbestimmt bezeichnet, daß weder eine Taxation durch einen Drittmann noch eine ungefähre Abschätzung nach richterlichem Ermessen möglich ist.

Und ein Kauf gilt nur dann als abgeschlossen, wenn Verkäufer und Käufer auch über den Kaufpreis einig geworden sind, sei es durch Vereinbarung einer bestimmten Summe, sei es durch Verabredung der Taxation durch einen Drittmann (vergl. Art. 229 und 260 O.-R. und § 1384 und 1388 des frühern zürcherischen P.-G.-B.) Gerade auch in dem vom Anwalte der Klägerin zu deren Gunsten angerufenen bundesgerichtlichen Entscheid (B. E. XIII. 220) war thatsächlich festgestellt, daß die von einem Vater an seine Kinder abgetretenen, aber dann Kraft „constitutum possessorium" in seinem Besitz verbliebenen Sachen gehörig geschätzt worden waren, wozu noch die Verpflichtung des Vaters kam, den Erlös für den Verkauf einzelner Gegenstände in eine amtliche Depositenkasse einzulegen.

2. Das streitige Rechtsgeschäft, wie es zwischen den Eheleuten Petermann vereinbart worden, ist also kein gültiger Kauf. Und daß es auch keine gültige Pfandbestellung ist, bedarf keiner nähern Erörterung; es ist das auch vom Vertreter der Klägerin nicht behauptet worden. Das constitutum possessorium ist unzuläßig zu wirksamer Bestellung eines Faustpfandrechtes (Vergleiche Commentar von Schneider und Fick zu Art. 210 O.-R. Zif. 5.)

Demnach fällt die Eigenthumsansprache der Klägerin als unbegründet dahin und ist damit das Eintreten auf die weitere Einrede, es sei die Tradition nach Art. 202 Satz 2 des O.-R. für den Beklagten unwirksam, weil damit eine Benachtheiligung desselben beabsichtigt worden sei, überflüssig geworden.

Anspruch auf Einräumung

eines Nothweges für ein Grundstück, dem ein Winterwegrecht zusteht, das aber in Folge Kulturänderung zu gehöriger Bewerbung eines bessern und das ganze Jahr brauchbaren Weges bedarf. (§ 139 des zürch. P. G.-B. [neu].)

Kassationsgericht Zürich, 18. September 1888.

Ein Waldgrundstück, dem ein Winterwegrecht zustand, wurde im Laufe der Zeit theils in Wiese, theils in Reben umgewandelt und darauf eine kleine Scheune mit Stall erstellt. Nun verlangte der Eigenthümer von einem Nachbarn, dessen Land mit keiner Dienstbarkeit behaftet ist, Einräumung eines Nothweges und zwar sowohl eines Fahrwegrechts als eines Fußwegrechts, wurde aber abgewiesen, weil die Ausrodung des Waldes und die anderweitige Bepflanzung des klägerischen Grundstückes, in welchen Thatsachen der einzige Grund davon liege, daß das bestehende Winterwegrecht zur Bewerbung desselben in seiner gegenwärtigen Beschaffenheit nicht mehr hin-

reiche, nicht zum Begehren auf Einräumung eines bessern, das ganze Jahr brauchbaren Weges berechtigen, ein Nothweg vielmehr nur verlangt werden könne, wenn ein Grundstück ohne denselben ohne *jede* Wegverbindung wäre, welche Voraussetzung hier nicht zutreffe.

Diese Rechtsauffassung wurde vom Kläger als dem § 139 des privatrechtlichen Gesetzbuches widersprechend mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten, indem er ausführte: Der Sinn der citirten Gesetzesstelle könne nicht der sein, daß wenn der Eigenthümer eines Waldgrundstückes, dem ein zur Ausbeutung des Waldes genügendes Winterwegrecht zustehe, später den Wald rode und für die neue Art der landwirthschaftlichen Bewerbung des Grundstückes mit einem bloßen Winterweg nicht auskomme, er die Folgen davon zu tragen habe, daß er die Veränderung vorgenommen, ohne sich Sicherheit dafür zu verschaffen, daß ihm durch Vertrag ein Wegrecht bestellt werde, denn durch diese Auslegung des Gesetzes würde dessen Anwendung überall ausgeschlossen, wo irgend ein Verschulden vorliege, d. h. beinahe immer, indem der Fall reinen Zufalls höchst selten vorkommen werde; in § 141 des Gesetzes sei ja deutlich gesagt, daß eigenes Verschulden des Eigenthümers das Begehren des Nothwegrechtes nicht ausschließe, sondern nur die Auflage der doppelten Entschädigung zur Folge habe, sodaß das Begehren des Nothwegrechtes nur im Falle von Dolus, d. h. wenn der neue Zustand eines Grundstückes muthwillig herbeigeführt worden, ausgeschlossen sei; von Dolus sei aber keine Rede.

Die Nichtigkeitsbeschwerde wurde abgewiesen.

Gründe:

Vorerst ist unhaltbar was Kläger über Dolus, Verschuldung und Zufall vorbringt. Diese Ausdrücke kommen in § 139 des Gesetzes überhaupt nicht vor und in § 141 ist unter dem eigenen Verschulden nicht ein Verschulden im Sinne des Obligationenrechts, d. h. eine Verletzung der Rechte Anderer zu verstehen, sondern ein Mangel an Sorgfalt zu eigenem Nachtheile in Besorgung der eigenen Angelegenheiten. Sodann kann der Inhalt des § 141 nicht zur Auslegung des § 139 verwendet werden, indem er lediglich einen besondern, unter der in § 139 aufgestellten allgemeinen Regel begriffenen Fall behandelt, den Fall nämlich, wenn aus Mangel an Sorgfalt der zum Begehren des Nothweges Berechtigte ein Wegrecht, das ihm zustand, verloren, z. B. von den Grundstücken, die ihm gehörten, das mittlere verkauft, aber den Weg darüber zu den zwei übrigen Grundstücken sich als Recht vorzubehalten versäumt hat. Was nun aber den Inhalt des § 139 betrifft, so verstößt der angefochtene Entscheid jedenfalls nicht gegen dessen Wortlaut, denn der Wortlaut des Gesetzes spricht von einem Grundstücke, das ohne Weg ist, und das Grundstück des Klägers hat einen Weg, freilich einen solchen, den er *nur* zur Winterszeit gebrauchen darf. Sodann liegt es allerdings im Sinne des § 139, daß *wenn* überhaupt der Fall eintritt, daß für ein landwirthschaftliches Grundstück der Nothweg begehrt werden kann, ein solcher Weg einzuräumen ist, welcher die gehörige Bewerbung des Grundstückes nach seiner bisherigen Bewerbungsart gestattet. Dagegen zwingt der Wortlaut des Gesetzes nicht zu der Auslegung, daß der Eigenthümer eines landwirtschaftlichen Grundstückes, zu dessen bisheriger Bewerbung ein ihm zustehender Weg ausreichte, einen bessern Weg *von* einem servitutfreien Nachbar begehren dürfe, wenn er die Bepflanzung des Grundstückes so verändert, daß der ihm zustehende Weg zu der neuen Bewerbungsart nicht mehr taugt. Daß in § 139 nur bei *Gebäuden* zwischen bereits bestehenden und neu errichteten unterschieden wird und, wo von landwirthschaftlichen Grundstücken die Rede ist, von Veränderungen in der Bewirthschaftung nicht gesprochen wird, läßt keinen zwingenden Schluß zu. (Zeitschrift für zürch. Rechtspflege XXI Seite 37 Erwägung 3. Seuffert Archiv I S. 177, 321, IV 204, XIII 210.)

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

31. Dezember 1888. VII. Band. № 24.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Haftpflicht aus Eisenbahnbetrieb.

Konkurrirendes Verschulden der Transportanstalt und des Beschädigten.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 24. November 1888, Gebrüder Nieth ca. Uetlibergbahngesellschaft.

Die Gebrüder Robert und Jakob Nieth, Eigenthümer eines bedeutenden landwirthschaftlichen Heimwesens im sogenannten „Döltschihof" am Uetliberg wollten am Nachmittag des 23. August 1887 mit einem leeren Bännenwagen vom Hofe weg in die Sandgrube Albisrieden fahren. Das Sträßchen, welches sie zunächst benutzen mußten, ist ein ca. 3 Meter breites, schlecht unterhaltenes „holperiges" Fahrsträßchen, welches beim Triemli über die Uetlibergbahn führt. Die beiden Brüder saßen vorn auf dem mit 2 Pferden bespannten Wagen. Die Barrièren beim Bahnübergang waren offen und die Brüder fuhren auf den Bahnkörper. Jetzt erst bemerkte Jakob Nieth in einer Entfernung von ca. 25—30 Fuß den vom Sellnau-Bahnhof herkommenden, nach dem Berg fahrenden Eisenbahnzug. Sofort rief er dem Bruder: „Hau zue". Dieser hieb auf die Pferde los, allein es war nicht mehr möglich, vollständig zu passiren. Der Zug erfaßte den Wagen und warf ihn auf die Seite, dabei den Hintertheil desselben zertrümmernd. Robert Nieth kam unter den Wagen und wurde mit diesem eine gewisse Strecke geschleift. Das eine Pferd war gefallen und ist ebenfalls eine Zeit lang nachgeschleift worden. Es mußte sofort getödtet werden. Dem Jakob Nieth war es gelungen, noch vor dem Zusammenstoß vom Wagen zu springen, er blieb deshalb unverletzt. Wie begreiflich hatte dagegen der unter den Wagen gerathene und mit diesem eine Zeit lang geschleifte Robert Nieth ziemlich erhebliche Verletzungen (Rippenbrüche etc.) davongetragen; er wurde indessen wieder vollständig geheilt. Der Gerichtsarzt taxirte die Gesammtdauer seiner Arbeitsunfähigkeit auf 4 Monate.

Das Fahrsträßchen, auf dem die Gebrüder Nieth fuhren, hat auf eine Länge von 30 Meter vor dem Bahnübergang ein Gefäll von 15 %. Deßhalb mußte die Spannvorrichtung angewendet werden, was zur Folge hatte, daß das Fahren bei der schlechten Beschaffenheit des Weges ein ziemlich starkes Geräusch verursachte. Das Bezirksgericht hält es für wahrscheinlich, daß das Herannahen des Zuges wegen dieses Geräusches nicht gehört worden sei, zumal hinzukommt, daß der Bahnkörper, der vorher eine Steigung von 50 % zeigt, etwa 100 Meter vor dem Uebergang vollständig eben ist und das Fahren auf dieser ebenen Strecke kein gar großes Geräusch erzeugt.

Ein nach dem Berg fahrender Zug kann aber auf eine Weglänge von 50 Meter vor dem Uebergang *gesehen* werden, vorausgesetzt natürlich, daß überhaupt nach der betreffenden Richtung hingeschaut wird. Das Bahntrace ist auf jener Weglänge auf mindestens 200 Meter sichtbar.

Der betreffende Zug war ein Suplementärzug; unmittelbar vor ihm war der ordentliche, fahrplanmäßige Zug auf den Berg gefahren. Die Gebrüder Nieth wollen diesen von ihrem Hof aus gehört haben und machen geltend, daß gerade dieser Umstand und weil sie von dem Supplementärzug keine Ahnung gehabt, sie sicher gemacht und ihnen jede Veranlaßung benommen habe, überhaupt nach dem Bahnkörper zu sehen. Zu bemerken ist indeß hier, daß der unverletzt gebliebene Jakob Nieth früher selbst Bahnwärter bei der Uetlibergbahn gewesen ist, wegen nachläßiger Dienstverrichtung aber entlassen werden mußte. Die Züge der Uetlibergbahn werden von der Lokomotive den Berg hinangestoßen. Die Wagen (hier waren es zwei) befinden sich deßhalb vorn und die Lokomotive hinten. So erklärt es sich, daß weder der Lokomotivführer noch der Heizer vom Wagen der Gebrüder Nieth etwas bemerkten und überhaupt von dem drohenden Unfall keine Ahnung hatten bis er eingetreten war.

Der Zugführer stand auf der Plattform des vordersten Wagens. Er und einige Fahrgäste, die den Ausblick auf das vorliegende Geleise hatten, sahen den Wagen der Gebrüder Nieth als er sich gegen den Uebergang zu bewegte. Der Zugführer pfiff sofort

mit seiner Mundpfeife, rief und winkte mit den Armen, er wurde aber rechtzeitig weder gehört noch gesehen. Ein Fahrgast deponirte in der Strafuntersuchung: „Die 2 Mann saßen auf dem Wagen, *anscheinend schlafend.* Sie bemerkten den Zug erst als Fuhrwerk und Pferde schon auf dem Geleise waren."

Der fragliche Bahnübergang stellte sich am Unfallstage äußerlich noch als ein bewachter dar, denn es waren complete Barrièren, die hätten gezogen werden können und ein Bahnwärterhäuschen vorhanden. Thatsächlich ist aber der Uebergang nicht nur bei dem hier in Frage kommenden Zuge, sondern überhaupt den größten Theil des Jahres nicht bewacht worden. Nur in der Zeit der großen landwirthschaftlichen Arbeiten fand eine Bedienung der Barrièren statt. Der Bahnwärter wurde die meiste Zeit auf andern Punkten der Bahn zur Verrichtung dieser und jener Arbeiten verwendet und so war er auch am Unfalltage an einen dritten Ort beordert worden, um daselbst gewisse Arbeiten auszuführen, weßhalb die Barrièren weder beim Passiren des gewöhnlichen, fahrplanmäßigen Zuges, noch bei demjenigen des Supplementärzuges bedient waren. Den Gebrüdern Nieth war die vielfache Nichtbedienung des Ueberganges bekannt; sie anerkannten dieß in der Strafuntersuchung ausdrücklich; so deponirte z. B. Robert Nieth: „Die Barrièren werden übrigens ganze Tage nicht gezogen, das ist schon seit Eröffnung der Bahn so gewesen." Jakob Nieth ist der ehemalige Bahnwärter. Auch das schweizerische Eisenbahndepartement scheint gewußt zu haben, daß bei der Uetlibergbahn verschiedene Uebergänge nicht regelmäßig bedient werden, denn der Kontrollingenieur bezeugt, daß er in verschiedenen Berichten auf diese Thatsache hingewiesen habe.

In dem Bericht, den der Kontrollingenieur dem schweizerischen Eisenbahndepartement über die muthmaßlichen Ursachen des Unfalles machte, wird gesagt, es sei der letztere auf das Zusammentreffen folgender Momente zurückzuführen:

1. den Mangel an jeder Aufmerksamkeit seitens der Fuhrleute,
2. die Nichtbedienung der Barrièren,
3. den Mangel eines Intercommunicationssignals zwischen Zugführer und Lokomotivführer, welches Signal dem erstern die Möglichkeit gebe, sich mit dem letztern zu verständigen, was gerade da, wo die Maschine den Zug stoße, unumgänglich nothwendig sei,
4. zu seltener Gebrauch der Dampfpfeife bei Annäherung von Uebergängen zur Warnung des Publikums.

Seit dem Unfall sind die Barrièren entfernt und ist dagegen eine Warnungstafel angebracht, mit in großen Lettern gedruckten Worten: „Halt! Auf Zug achten!"

Die Gebrüder Nieth forderten von der Uetlibergbahngesellschaft auf Grund des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes:

a. 600 Fr. für das zu Grunde gegangene Pferd und als Ersatz des am Wagen angerichteten Schadens (Art. 8 des Haftpflichtgesetzes) und

b. 2400 Fr. als Schaden, den Robert Nieth in Folge zeitweiser Arbeitsunfähigkeit erlitten habe und als Schmerzensgeld nach Art. 7 des Haftpflichtgesetzes.

3000 Fr.

Das Bezirksgericht wies die Klage ab, weil Kläger den Unfall selbst verschuldet haben, die Appellationskammer des Obergerichtes dagegen hieß dieselbe im Betrage von 1000 Fr. gut.

Gründe:

1. Die Beklagte haftet auf Grund von Art. 2 und 8 des Gesetzes betreffend die Haftpflicht der Eisenbahnen den Klägern für den Ersatz des ihnen am 23. August 1887 entstandenen Schadens, wenn es ihr nicht gelingt, eine der in Art. 2 namhaft gemachten Einreden, von denen sie übrigens nur die letzte, nämlich ein eigenes Verschulden der Kläger geltend macht, nachzuweisen. Aber auch wenn dieser Beweis erbracht wird, so haftet sie dennoch theilweise, falls auch sie ein Mitverschulden trifft. (Bundesger. Entsch. Bd. VI 458, X 121 Erw. 5 und XIV 271,)

2. Es steht zwar fest, daß die Kläger den

anfahrenden Zug nicht bemerkten, bis sie sich mit dem Wagen auf dem Geleise befanden und daß es ihnen in diesem Momente nicht mehr möglich gewesen wäre, zumal sie oben auf dem Wagen saßen, den Zusammenstoß zu vermeiden. Allein es ist ihnen zum Verschulden anzurechnen, daß sie nicht auf die Bahnlinie schauten, zumal sie auf dem Wagen sitzend den Uebergang passirten, also in einer Lage, welche, wie sie wissen mußten, das Anhalten bedeutend erschwerte. Es ist nämlich auf der einen Seite erwiesen, daß wenn sie nach der Richtung des ankommenden Zuges geschaut, sie denselben rechtzeitig hätten bemerken müssen. Nicht nur hat der Augenschein dieß ergeben, sondern es haben auch die im Zuge befindlichen Personen den Wagen der Kläger und sie selbst noch rechtzeitig wahrgenommen, woraus sich der Schluß ziehen läßt, daß auch sie den Zug hätten bemerken können. Auf der andern Seite ist es nicht unwahrscheinlich, daß wenn sie *neben* dem Wagen hergegangen wären, sie denselben noch hätten anhalten können, jedenfalls aber wäre in diesem Falle die Verletzung des Robert Nieth selbst vermieden worden. Sie behaupten freilich, daß sie nur deßhalb nicht nach dem Zuge gesehen, weil sie der festen und berechtigten Ueberzeugung gewesen seien, es sei kein solcher im Herannahen, indem kurz vorher der ordentliche Zug vorbeigefahren und die Barriere geöffnet gewesen und glauben, daß deßhalb in der oben bezeichneten Art des Passirens, sowie darin, daß sie sich nicht gehörig umgeschaut, keine Fahrlässigkeit liege. Allein von einer solchen festen und berechtigten Ueberzeugung kann nicht die Rede sein; denn den Klägern war als Anwohner der Bahn, wie übrigens auch aus ihren ersten Verhören hervorgeht, schon lange bekannt, daß die fragliche Barriere meistens gar nicht bedient wurde und sie hatten dieß ohne Zweifel auch kurz vorher, als der ordentliche Zug durchfuhr, positiv wahrgenommen; auch wußten sie sehr wohl, daß auf der Uetlibergbahn sehr häufig, ja bei schönem Wetter sogar fast regelmässig dem ordentlichen Zug Supplementärzüge nachfolgen; denn diese Thatsache ist keinem Anwohner der Bahn unbekannt, namentlich wenn derselbe, wie dieß bei Jakob Nieth der Fall war, früher im Dienste derselben gestanden hat. Wenn sie daher trotzdem in so sorgloser Weise den Uebergang passirten und dadurch ein Unfall entstand, so haben sie denselben selbst verschuldet.

3. Aber die Beklagte trifft ein sehr erhebliches Mitverschulden. In erster Linie liegt ein solches darin, daß die Barriere nicht bedient, sondern der hiefür bestimmte Bahnwärter anderswo beschäftigt wurde. Barrieren haben den Zweck, beim Durchfahren der Züge geschlossen zu sein und wenn daher einer Bahngesellschaft die Erlaubniß ertheilt wird, einen Uebergang nicht mehr abzuschliessen, so ist, wie dieß ja nachträglich auch hier geschehen ist, eine Warnungstafel anzubringen, welche das Publikum darauf aufmerksam macht, daß es selbst auf den Zug zu achten habe. Uebrigens besaß die Uetlibergbahn keine solche Erlaubniß, sondern es hatte das Eisenbahndepartement, als ihm der Kontrollingenieur im Jahre 1884 berichtete, daß die Barrieren der Feld- und Waldwege nicht bedient werden, lediglich unterlassen, dieß zu rügen, ohne jedoch eine bestimmte Ermächtigung zu ertheilen.

Eine weitere Fahrlässigkeit liegt in dem Mangel an Interkommunikationssignalen zwischen dem die Bahn überwachenden Zugführer und dem Lokomotivführer. Es sind solche Signale für Bahnzüge, deren Lokomotiv sich hinten befindet, ein absolutes Gebot und der Umstand, daß sie bisher nicht bestanden hatten und auch nicht vorgeschrieben waren, genügt nicht, um die Beklagte zu entlasten, zumal wenn die Barrieren nicht geschlossen werden und häufige Extrazüge verkehren.

Endlich lag im konkreten Falle eine gewisse, wenn auch ganz leichte Fahrläßigkeit auch darin, daß der Lokomotivführer nicht vor dem fraglichen Uebergang ein Signal mit der Dampfpfeife gab, insofern derselbe wenigstens, was wohl anzunehmen ist, wußte, daß die Barriere nicht bedient werde; denn bei dem vorhandenen Mangel von Interkommunikationssignalen sollte doch, namentlich bei Extrazügen, zum Mindesten von diesem Mittel zur Warnung des Publikums da Ge-

brauch gemacht werden, wo es, wie vor nicht geschlossenen Straßenübergängen, als passend erscheint.

4. Der Kausalzusammenhang des Verschuldens der Beklagten mit dem eingetretenen Schaden ist ebenso gut vorhanden als bezüglich des Verschuldens der Kläger; denn nur dem Zusammentreffen der beidseitigen Verschuldungen ist der Unfall zuzuschreiben, namentlich steht außer Zweifel, daß wenn der Zugführer, welcher die Kläger rechtzeitig gewahrte, durch Interkommunikationssignale mit dem Lokomotivführer in Verbindung gestanden hätte, der Unfall sich nicht ereignet haben würde, indem der Lokomotivführer hätte anhalten und zugleich durch die Dampfpfeiffe die Kläger hätte warnen können.

5. Was das Verhältniß der beidseitigen Fahrläßigkeit zu einander anbetrifft, so darf nicht außer Berücksichtigung bleiben, daß den Bahngesellschaften größere Sorgfalt zuzumuthen ist als den Privaten und rechtfertigt es sich daher, die Beklagte zu verpflichten, den Klägern $^2/_3$ des eingetretenen Schadens gutzumachen.

6. Bei der Feststellung des dem Robert Nieth durch körperliche Verletzung entstandenen Schadens ist von Art. 7 des Haftpflichtgesetzes abzusehen, weil von Dolus oder *grober* Fahrläßigkeit der Beklagten nicht gesprochen werden kann. Nach dem ärztlichen Gutachten war Robert Nieth 4 Monate arbeitsunfähig, was natürlich nicht so zu verstehen ist, daß er 4 volle Monate *gänzlich* arbeitsunfähig, von da an aber plötzlich wieder vollkommen fähig zu jeder Arbeit gewesen sei, sondern womit eben in zusammenfassender Weise der in Folge der Verletzung entgangene Verdienst als ein solcher von 4 Monaten geschätzt sein soll. Da Robert Nieth den Beruf eines Landwirths auf einem bedeutenden landwirthschaftlichen Gewerbe betreibt und seine Arbeitsunfähigkeit in die Herbstzeit fiel, rechtfertigt sich ein Ansatz von 8 Fr. per Tag, also für 4 Monate ein Ansatz von 960 Fr. als durch Arbeitsunfähigkeit erlittener Schaden. Dazu kommen 50 Fr. Arztkonto.

7. Für Pferd und Wagen anerkennt die Beklagte 450 Fr. als Betrag des Schadens. Robert Nieth taxirte denselben in seinem Verhör auf 550 Fr. und im Prozesse fordern die Kläger 600 Fr. Ein genügendes Beweisanerbieten für den behaupteten Werth des Pferdes ist jedoch nicht gemacht worden und muß daher auf die stattgefundene Anerkennung abgestellt werden.

8. Der Gesammtschaden beträgt somit 1460 Franken. Davon sind laut Erwägung 5 $^2/_3$ = 1000 Fr. den Klägern gutzuheißen.

9. Die Kosten sind beiden Parteien zu gleichen Theilen aufzulegen.

Vertragsschliessung durch Stellvertretung.

Unzuläßigkeit der Erfüllungsklage gegen den Vertreter.

Obergericht Zürich, Appellationskammer.
27. Oktober 1888.

Der Landwirt Heinrich Guyer, der in einer Gemeinde des Bezirkes Uster verstorben ist, hinterließ neben der statutarberechtigten Wittwe Emilie Guyer als gesetzliche Erben seine zwei Geschwister Jakob Guyer und Elisabetha Walder geb. Guyer. Im Nachlasse befand sich ein landwirtschaftliches Heimwesen. Mit Bezug auf dieses Heimwesen und die dazu gehörige Fahrhabe kam am 19. Juni 1888 ein schriftlicher Kaufvertrag zu Stande zwischen dem einen der beiden Erben, nämlich Jakob Guyer und der Wittwe Emilie Guyer einer- und den Liegenschaftenhändlern Leopold Guggenheim und Simon Weil anderseits. Darin wird gesagt: „Erstere (Jakob Guyer und Wittwe Guyer) verkaufen für sich *und für die Schwester Elisabetha Walder geb. Guyer* als gemeinschaftliche Erben des Heinrich Guyer das ganze Heimwesen, das dem Letztern in der Notariatskanzlei zugestanden hat etc." Der Vertrag ist unterzeichnet von Jakob Guyer und Wittwe Emilie Guyer als Verkäufer. In demselben ist mit Bezug auf die Fahrhabe, die mitverkauft sein soll, einem besondern Vertrag gerufen. Dieser sagt einfach: Guggenheim und Weil haben von den Erben Jakob Guyer, Emilie Guyer und *Elisabetha Walder,* (die letztere wird also

hier ebenfalls als Verkäuferin aufgeführt) folgende Fahrhabe gekauft, worauf das Verzeichniß der Gegenstände folgt. Als die notarialische Fertigung stattfinden sollte, verweigerten die Verkäufer ihre Mitwirkung. Guggenheim und Weil erhoben deshalb Klage, sie faßten aber nur den Jakob Guyer und die Wittwe Emilie Guyer ins Recht, nicht auch die Elisabetha Walder geb. Guyer und stellten die Streitfrage dahin, ob die Beklagten nicht verpflichtet seien, die ihnen, den Klägern, am 19. Juni 1888 verkauften Liegenschaften notarialisch zuzufertigen und die verkaufte Fahrhabe zu tradiren, Alles gemäß Inhalt des Kaufvertrages. Die Beklagten antworteten, der Kaufvertrag sei nicht perfect geworden, weil er an die Bedingung geknüpft gewesen sei, daß die Miteigenthümerin Frau Walder ihre Zustimmung ertheile, diese nun aber sich weigere, dem Geschäft ihre Genehmigung zu ertheilen. Die Beklagten seien nicht bevollmächtigt gewesen, für dieselbe zu handeln. Die Kläger bestritten die behauptete Bedingung und machten geltend: die Beklagten haben für sich und die Frau Walder verkauft, es sei unglaublich, daß eine Vollmachtsertheilung seitens der letztern an die Beklagten nicht stattgefunden habe, indessen komme darauf nichts an, die Beklagten haften unter allen Umständen für die eingegangene Verpflichtung; *ihre* Sache sei es, für die Zustimmung der Frau Walder zu sorgen, man könne auch verkaufen, was einem nicht gehöre. Eventuell seien dieselben jedenfalls anzuhalten, den Klägern ihre *ideellen* Antheile an den Kaufsobjekten zu übertragen.

Die Klage wurde von beiden Instanzen abgewiesen.

Gründe :

1. Zunächst ist so viel ganz klar, daß die Kläger das Heimwesen des Erblassers Guyer nur als Ganzes, in seiner Totalität kaufen wollten und ebenso der correspondirende Verkaufswille der Beklagten nur auf das Heimwesen als Ganzes gerichtet war. Ein Blick in den schriftlichen Kaufvertrag genügt, um die Richtigkeit dieser Auffassung außer allen Zweifel zu stellen und darzuthun, daß keiner der Contrahenten jemals nur im Entferntesten daran gedacht hat, daß die *ideellen Antheile* der Beklagten an dem betreffenden Heimwesen und der Fahrhabe Gegenstand des Kaufes bilden sollen, damit aber ist dargethan, daß das eventuelle Klagebegehren unter keinen Umständen fundirt ist.

2. Es muß aber auch das Hauptklagebegehren in Uebereinstimmung mit der ersten Instanz verworfen werden. Es ist dasselbe dahin formulirt, die Beklagten möchten verpflichtet werden, den Kaufvertrag vom 19. Juni 1888 zu halten und demgemäß den Klägern die gekauften Liegenschaften notarialisch zuzufertigen und begründet wird dieses Begehren einfach mit der Behauptung, daß ein perfecter Kaufvertrag vorliege, den die Beklagten als Verkäufer zu erfüllen haben. Die Klage ist also die reine Kaufserfüllungsklage, die genannte Voraussetzung derselben, bestehend in dem Zustandekommen eines perfecten Kaufvertrages zwischen den Litiganten aber nicht vorhanden. Eigenthümer des fraglichen Heimwesens waren die Erben des Heinrich Guyer, seine beiden Geschwister, Jakob Guyer und Elisabetha Walder geb. Guyer. Mit diesen Personen und der Wittwe als den bezüglich des Nachlaßes Verfügungsberechtigten wollte das Kaufgeschäft abgeschlossen werden, also auch mit der Frau Walder und nicht mit den Beklagten allein, woraus ohne Weiters folgt, daß dasselbe nur dann perfect geworden ist, wenn der Abschluß die Verkäuferverbindlichkeit aller dieser Personen zur Folge hatte. Diesen Effect konnte derselbe, da die Frau Walder dabei thatsächlich nicht mitwirkte, sondern die Beklagten für sie handelten, nur dann äußern, wenn die letztern zur Vertretung dieser Mitverkäuferin bevollmächtigt waren oder eine nachträgliche Genehmigung des Geschäftes seitens derselben ertheilt wurde. Diese Sachlage war so selbstverständlich und offenbar, daß sie auch den Klägern nicht entgehen konnte und es muß deßhalb davon ausgegangen werden, daß die Contrahenten das Bestehen eines Vollmachtsverhältnißes zwischen Frau Walder und den Beklagten oder die nachträgliche Genehmigung des Geschäftes durch letztere als Voraus-

setzung für den Eintritt der Vertragsperfection betrachtet haben. Zum Klagefundament hätte also der Nachweis dafür gehört, daß die Beklagten Vollmacht besessen haben zur Vertretung der Frau Walder oder der Abschluß seitens der letztern nachträglich genehmigt worden sei, das erstere ist aber gar nicht zum Beweise verstellt und das letztere nicht einmal behauptet worden. Ueberdem hätte sich, wenn ein derartiger Nachweis geführt worden wäre, dann erst noch fragen können, ob die Klage nicht angebrachtermaßen abzuweisen sei, weil nicht sämmtliche Verpflichtete ins Recht gefaßt worden sind.

Vorausgesetzt, es haben sich die Beklagten beim Vertragsschlusse als Bevollmächtigte der Frau Walder ausgegeben, also nicht in Aussicht gestellt, daß deren Zustimmung erst eingeholt werden müsse, sondern die Kläger in den Glauben versetzt, dieselbe liege bereits vor und sei somit der Vertrag mit der Unterzeichnung durch die Beklagten auch für die Frau Walder ohne Weiters verbindlich geworden, so sind sie den Klägern in dem Sinne dafür verantwortlich, daß sie ihnen für allen Schaden haften, der denselben wegen dem Nichtvorhandensein des vorgegebenen Vollmachtsverhältnisses und dem daraus resultirenden Nichtzustandekommen des Vertrages erwachsen ist, (Art. 48 des O.-R.) Eine andere als die Schadenersatzklage gibt das Gesetz gegen denjenigen, der ohne dazu ermächtigt zu sein, als Stellvertreter einen Vertrag abgeschlossen hat, nicht, diese einzig mögliche Klage ist aber nicht gestellt und die gestellte nicht begründet. Der Stellvertreter übernimmt die stipulirten Vertragsleistungen nicht selbst, diese sollen vielmehr dem Vertretenen überbunden werden, wie auch er Erwerber der correspondirenden Rechte werden soll, jener übernimmt vielmehr nur die Verantwortlichkeit dafür, daß das von ihm vorgegebene Vollmachtsverhältniß wirklich bestehe und somit seine vertragsschließende Thätigkeit den Vertretenen berechtigt und verpflichtet habe. Diese Verantwortlichkeit übernimmt er im Sinne der Haftpflicht für das Interesse des Dritten an dem Zustandekommen des Vertrages und deßwegen kann der Dritte auch nur auf die Vergütung dieses Intereßes, nicht aber auf directe Erfüllung der betreffenden Vertragsleistungen klagen. Wo kein in Geld taxirbares Interesse bezw. kein Schaden besteht, gibt es auch keine Klage.

Anmerkung. Eine Minderheitsansicht ging auf Gutheißung der Klage gestützt auf folgende zu Protokoll erklärte Hauptgesichtspunkte:

Die Klage wird nicht auf den Art. 46 des O.-R. d. h. auf die Behauptung gestützt, daß die beiden Beklagten den Kaufvertrag zwar als Stellvertreter ohne Vollmacht auch für die Miteigenthümerin Frau Walder abgeschlossen haben, daß aber der Vertrag von dieser genehmigt worden sei. In diesem Falle hätte gleichzeitig auch die Frau Walder ins Recht gefaßt werden müssen und das ist absichtlich nicht geschehen.

Die Kläger behaupten vielmehr, die Beklagten haben sich beim Vertragsschluß ohne Vollmacht als Stellvertreter der Frau Walder gerirt, also diese unrichtigerweise als Vertragscontrahentin ausgegeben. Ihre Klage ist daher ganz richtig nur gegen die beiden Unterzeichner des Vertrages gerichtet und das thatsächliche Fundament derselben sind die thatsächlichen Voraussetzungen derjenigen Klage, welche auf den Art. 48 des O.-R. gestützt werden kann.

Die durch den Art. 48 gewährleistete Klage ist nun allerdings nur diejenige auf Schadenersatz und nachdem die beiden Beklagten erklärt hatten, die Frau Walder habe ihnen nie Vollmacht gegeben und wolle den Vertrag ihrerseits auch nachträglich nicht genehmigen, so hätte die Klage wohl unbedenklich direkt auf den Ersatz des entstandenen Schadens gerichtet werden können.

Indessen wäre es durchaus irrthümlich, wenn man annehmen wollte, es hätte sich bei einer derartigen Klage nur noch um die Feststellung des Schadens handeln können. Vielmehr wäre es den Beklagten unbenommen geblieben, alle thatsächlichen Grundlagen dieser Klage, soweit sie dieselben nicht bereits anerkannt hatten, auch in diesem Prozeße zu bestreiten und der Klage alle mög-

lichen Einreden entgegenzusetzen z. B. die Einrede des Betruges oder des Irrthums oder speziell die aus Art. 48 folgende Einrede, die Kläger haben den Mangel einer Vollmacht gekannt oder kennen müssen u. s. w.

Es scheint uns, daß die Kläger Bestreitungen oder Einreden dieser Art befürchteten und das war auch richtig, denn die Beklagten behaupteten zwar nicht, — was offenbar am ehesten nahe gelegen hätte, die Kläger haben den Mangel einer Vollmacht gekannt, wohl aber bestreiten sie die Gültigkeit des Vertrages in dem von der Klage geltend gemachten Sinne. Die Beklagten behaupten nämlich trotz dem klaren Wortlaut des Vertrages, sie haben nicht für Frau Walder contrahiren wollen, sondern die betreffende Redaktion des Vertrages habe gerade den Sinn gehabt, daß man die Gültigkeit des Kaufes beidseitig von der Zustimmung der Frau Walder habe abhängig machen wollen, ferner entspreche auch der Vertrag nicht dem Inhalte der mündlichen Verabredung. Unter diesen Umständen ist es wohl erklärlich, wie die Kläger dazu kamen, vorerst lediglich die Frage der Gültigkeit des Vertrages für die beiden Beklagten zum Gegenstand eines besonderen Prozeßes zu machen und die Schadenersatzklage auf später vorzubehalten. Es ist also die Klage, wie sie begründet wurde, nur als eine Feststellungsklage aufzufassen und zwar als Klage auf Feststellung der thatsächlichen Grundlage für die auf Art. 48 des O.-R. gestützte Schadenersatzklage. Als solche ist sie, auch wenn zur Zeit noch nicht feststeht, daß und in welchem Umfange Schaden entstanden sei, durchaus zuläßig, da ja, sobald die Auffassung der Beklagten als unhaltbar bezeichnet werden muß, der Anspruch auf Schadenersatz wenigstens principiell begründet ist.

Freilich geht der Wortlaut der Weisung etwas weiter, sie ist direkt auf Erfüllung gerichtet. Aber auch dieses Begehren hat im gegenwärtigen Prozeße, welcher die Schadenersatzklage erst vorbereiten soll und im concreten Falle einen ganz guten und richtigen Sinn. Denn daß Frau Walder den Vertrag ihrerseits nicht genehmigt, steht eigentlich objektiv gar nicht fest, es wird das nur deßhalb als feststehend angenommen, weil die Beklagten das selbst behaupten; noch viel weniger liegt vor, daß die Beklagten sich je darum bemüht haben, diese Genehmigung zu erhalten, es ist daher durchaus nicht sicher, daß die Beklagten nicht im Stande seien, den Vertrag zur Erfüllung zu bringen, wenn sie selbst das wollen. Thun sie das aber, so ist der principielle Entscheid über die Schadenersatzforderung überflüssig. Die Kläger haben also durch die Faßung der Rechtsfrage, wie sie nach der Weisung lautet, ihr Rechtsbegehren genau so gestellt wie es geschehen wäre, wenn sie direkt auf Schadenersatz geklagt hätten, denn in diesem Falle hätten sie doch offenbar ebenfalls zunächst auf Erfüllung und nur eventuell auf Schadenersatz geklagt, oder sie hätten die Klage überhaupt nur alternativ gefaßt, wie es in solchen Fällen Regel und Uebung ist.

6. Die vorliegende Klage, welche nach dem Gesagten als Erfüllungsklage eventuell als Feststellungsklage im Sinne des Art. 48. des O.-R. aufzufassen ist, muß auf Grund der vorliegenden Akten ohne Weiters gutgeheißen werden. Was die Frage anbelangt, ob die Beklagten ohne Auftrag als Stellvertreter für einen Dritten gehandelt haben, so ist es rein unbegreiflich, wie man dieß bestreiten kann, wenn einerseits zugegeben wird, es habe eine Vollmacht des Dritten nie vorgelegen, anderseits feststeht, daß die Beklagten mit ihrer Unterschrift erklärt haben, sie „verkaufen für sich und Namens der Frau Elise Walder." Die Einwendungen aber, welche gegen den Inhalt des Vertrages selbst gerichtet werden, können deßhalb nicht gehört werden, weil die Beklagten nicht die Einrede des Betruges stellten, es aber ohne diese in die That keinen Sinn hat, zu behaupten, ein beidseitig unterzeichneter Vertrag entspreche nicht den wirklichen Vereinbarungen.

Vertragsauslegung.

Servitutsbestellung oder bloße Einschränkung der Baufreiheit bezüglich eines concreten Bauprojektes, mit dessen Wegfall jene Einschränkung ebenfalls dahinfällt (Revers)?

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 8. September 1888.

Der Eigenthümer des Hauses Nro. 25 an der Falkengasse-Zürich, Bäckermeister Gottlieb Vogel, errichtete im Anfang des laufenden Jahres auf dem zu seinem Hause gehörenden Hofraum ein Baugespann für ein zu erstellendes Schopfgebäude. Sein Nachbar auf der Rückseite ist der Eigenthümer des Hauses Nro. 12 am Stadelhoferplatz, J. J. Deck-Hirzel. Auch dieses Haus hat einen Hofraum, der an denjenigen des Vogel anstößt. Dem Deck convenirte das Bauprojekt des Vogel in verschiedenen Richtungen nicht und er wirkte deßhalb am 7. Februar 1888 eine Inhibition aus, weil:

1. nach § 39 der städtischen Bauordnung Höfe nicht überbaut werden dürfen, wenn daraus in feuer- und sanitätspolizeilicher Hinsicht Schaden entstehe, was hier der Fall sei;
2. das Dach auf die Grenze gesetzt werden wolle, was er sich nach § 169 des P. G.-B. nicht gefallen lassen müsse, und
3. eventuell, d. h. falls auf die Grenze gebaut werden dürfte, eine massive Mauer aufgeführt werden müßte (§ 43 der Bauordnung).

Am 14. Februar 1888 kam zwischen dem Bauherrn und dem Inhibenten eine Verständigung zu Stande, die in Schrift verfaßt wurde und folgendermaßen lautet:

Uebereinkunft:

Zwischen Gottlieb Vogel, Bäckermeister, einer- und Herrn Deck-Hirzel anderseits, hinsichtlich der von ersterm beabsichtigten Baute eines Schuppens hinter Gebäude Nro. 25, Falkengasse-Zürich:

1. Herr Vogel verpflichtet sich hiemit, die beabsichtigte Baute gegen die Grenze des Hauses Stadelhoferplatz No. 12 in folgender Weise auszuführen:

a. längs der Grenze ist innerhalb des bestehenden Sockels eine steinerne, mindestens 30 cm. dicke Mauer in der Höhe von 3,63 m., wie dieß der Plan zeigt, aufzuführen.
b. Diese Mauer ist mit gehörigem Verputz zu versehen und zu weißeln.
c. Allfällig sich zeigende Mängel sind jeweils sofort zu heben und die Mauer selbst alle 2 Jahre vom Eigenthümer des Hauses Nro. 25 an der Falkengasse frisch zu weißeln.
d. An diese Mauer darf gegen die Grenze hin kein Dachkennel angebracht werden und ist der Fall der Bedachung gegen das Haus Falkengasse No. 25 zu richten.
e. Eine Höherbauung des Schuppens resp. der Mauer ist ohne besondere Einwilligung des Eigenthümers des Hauses No. 12 am Stadelhoferplatz nicht gestattet.

2. Mit diesem zieht J. J. Deck seine Inhibition gegen das Bauprojekt des Vogel zurück.

3. Diese Vereinbarung ist im Doppel ausgefertigt und soll dem Notariatsprotokoll einverleibt werden.

Dem Vogel scheinen die Verpflichtungen, die ihm diese Uebereinkunft auferlegte, in der Folge nicht mehr convenirt zu haben und er entschloß sich deßhalb, auf die Ausführung seines Bauprojektes zu verzichten, womit der Vertrag nach seiner Ansicht von selbst dahin fiel.

Diese letztere Auffassung theilte nun aber sein Nachbar Deck nicht; dieser nahm vielmehr den Standpunkt ein, es enthalte der Vertrag vom 14. Februar 1888 die Bestellung einer Servitut zu Gunsten des Hauses Stadelhoferplatz No. 12, des Inhalts, daß der jeweilige Eigenthümer des Hauses Falkengasse No. 25 seinen Hof nur im Sinne und nach Maßgabe der getroffenen Uebereinkunft, also mit Beobachtung der stipulirten Beschränkungen überbauen dürfe.

In der bloßen Kundgebung dieser weitergehenden Vertragsauslegung seitens des Deck erblickte nun Vogel eine Kränkung seiner Rechte und nahm deßhalb Veranlaßung, klagend gegen Deck aufzutreten, indem er die Rechtsfrage aufstellte, ob nicht der Vertrag vom 14. Februar 1888 als dahin gefallen resp. als gegenstandslos zu erklären sei. Die-

ser Hauptklage stellte Deck, und zwar schon vor Friedensrichteramt, eine Widerklage gegenüber, dahin lautend, ob der Kläger und Widerbeklagte nicht an die Uebereinkunft vom 14. Februar gebunden und verpflichtet sei, dieselbe notarialisch fertigen zu lassen.

Der Streit gelangte bis an die zweite Instanz und diese entschied denselben mit Urtheil vom 8. September dahin:

1. Die Hauptklage wird von der Hand gewiesen.

2. Die Widerklage wird abgewiesen.

Gründe:

1. Die Klage verlangt, daß der Richter den Vertrag vom 14. Februar 1888 als dahingefallen, beziehungsweise als gegenstandslos geworden erkläre. Die Widerklage ist nur die umgekehrte Klage, sie bezweckt den gegentheiligen richterlichen Entscheid, daß der Vertrag als auch heute noch fortwirkend erklärt und der Kläger demgemäß verurtheilt werde, die ihm in Ziff. 3 desselben überbundene Verpflichtung zur Mitwirkung bei der notarialischen Fertigung zu erfüllen. Nun ist sofort klar, daß der Kläger, der den Vertrag nicht erfüllen will, gar kein Interesse hatte, Klage zu erheben. Er kätte richtigerweise die Klage seines Mitkontrahenten, die gegenwärtige, auf Fertigung des Vertrages gerichtete Widerklage einfach gewärtigen sollen. Am Beklagten war es, auf Erfüllung zu klagen, wogegen der Kläger seinen Standpunkt als Negirung des Klagefundamentes geltend zu machen hatte. Eine Verletzung der klägerischen Rechte ist überall nie eingetreten und somit hatte der Kläger auch keinen Grund zur Klagerhebung, die Klage kann namentlich auch nicht als Feststellungsklage zugelassen werden, weil, so lange der Vertrag nicht gefertigt ist, das Bestehen eines rechtlichen Interesses am Entscheid über die Frage seiner fortdauernden Wirksamkeit nicht zugegeben werden kann. Auf die Hauptklage ist somit nicht einzutreten, sondern dieselbe von der Hand zu weisen.

2. Die Gutheißung oder Verwerfung der Widerklage hängt davon ab, ob der Vertrag in dem vom Kläger behaupteten engeren oder in dem vom Beklagten behaupteten weiteren Sinne auszulegen sei. Der Beklagte behauptet, die dem Kläger aufgelegten Verpflichtungen seien nicht an die Ausführung des concreten Bauprojektes geknüpft, sondern werden bedingt durch die Erstellung eines Schuppens auf dem klägerischen Grundstücke überhaupt und mit Rücksicht hierauf bezwecke der Vertrag die dingliche Belastung des gegnerischen Grundstückes, die Bestellung einer Servitut. Dagegen nimmt der Kläger den Standpunkt ein, der Vertrag beziehe sich lediglich auf die Ausführung *des concreten* Bauprojektes und folglich stehe und falle derselbe mit diesem Projekt. So aufgefaßt, stelle sich der Vertrag als einen Revers dar und enthalte keineswegs eine Servitut im Sinne der gegnerischen Ansicht. Wenn er, wie es geschehen, auf die Ausführung der Baute verzichte und sich einfach vorbehalte, ein anderes Projekt aufzustellen, wogegen er dem Beklagten sein Inhibitionsrecht wieder einräume, so werde der Vertrag hinfällig, sei gegenstandslos. Dieser letztern Auffassung des Klägers ist nun beizupflichten. Es ist zu beachten, daß der Vertrag vom 14. Februar 1888 zu Stande gekommen ist in Folge der Inhibition des Beklagten gegen das ungesetzliche Projekt einer Schopfbaute auf dem Hofe des Klägers. An dieses bestimmte Projekt, welches durch ein Gespann angezeigt war, knüpft der Vertrag an und bezieht sich nur auf dieses. Der Vertrag wird betitelt: „Uebereinkunft zwischen Vogel einer- und Deck anderseits *hinsichtlich der vom ersteren beabsichtigten Baute eines Schuppens* hinter Gebäude, Falkengasse 25, Zürich“, und in Ziff. 1 heißt es: „Herr Vogel verpflichtet sich hiemit, die *beabsichtigte Baute* im Hofe gegen die Grenze des Hauses, Stadelhoferplatz 12, in folgender Weise auszuführen.“ Dann folgen die verschiedenen Bestimmungen. Hieraus geht unzweideutig hervor, daß der Vertrag das concrete, durch das aufgestellte Gespann ausgedrückte Bauprojekt zur Voraussetzung hat. Fällt die Voraussetzung weg, so fällt auch der Vertrag dahin, mit andern Worten: „Läßt der Kläger sein Projekt fallen und das muß ihm natürlich freistehen, so wird der Vertrag gegenstandslos. Nun liegt in der That vor, daß der Kläger auf sein

Projekt verzichtet, also ist der Vertrag hinfällig geworden. Eine weitergehende Auffassung des Vertrages würde sich weder nach der Entstehungsgeschichte desselben, noch nach dem Wortlaute rechtfertigen; insbesondere steht dieser engern Auffassung keineswegs die Bestimmung unter Ziffer 3 entgegen, wonach der Vertrag dem Notariatsprotokoll einverleibt werden soll. Diese Bestimmung erklärt sich schon mit Rücksicht auf Zif. 1 lit. c und sodann namentlich aber mit Rücksicht auf Zif. 1 lit. e, wo die Vorschrift enthalten ist, daß eine Höherbaute des projektirten Schuppens ohne Einwilligung des Eigenthümers Stadelhoferplatz No. 12 nicht stattfinden dürfe. Diese Lösung der streitigen Frage hat natürlich zur Folge, daß, wenn der Kläger ein Bauprojekt gemäß den gesetzlichen Vorschriften aufstellt, nicht nur keine Inhibition mit Erfolg entgegengehalten werden kann, sondern auch die Bestimmungen des Vertrages vom 14. Februar 1888 außer Betracht fallen. Insofern ist der vorliegende Fall demjenigen in Sachen der Freimaurerloge gegen Mayer, Sibler & Cie., erledigt durch dießseitiges Urtheil im Jahre 1884, ähnlich. Dort hatten sich beide Parteien das Recht eingeräumt, auf die Grenze zu bauen, unter der Bedingung, daß keine Fenster auf der Grenzseite angebracht würden. Meyer-Sibler hielt sich nun nicht an den Vertrag, sondern baute in der gesetzlichen Entfernung mit Fenstern. Das Bezirksgericht verwarf diesen Standpunkt, das Obergericht aber sprach dem Meyer-Sibler die Berechtigung zur Anbringung von Fenstern zu, falls er die gesetzliche Entfernung von der Grenze beobachte. Auch in diesem Falle war der Vertrag einfach gegenstandslos geworden.

3. Nach dieser Erledigung der Widerklage siegt der Kläger trotz des Nichteintretens auf die Hauptklage materiell dennoch vollständig ob und sind deßhalb die sämmtlichen Prozeßkosten dem Beklagten aufzulegen; derselbe hat den Kläger überdem prozessualisch zu entschädigen.

Gerichtlicher Schutz
gegen schädliche Benutzung des Eigenthums.

Derselbe kann nur dann und nur insoweit angerufen werden, als der polizeiliche Schutz nicht erhältlich ist (§ 617 und 619, jetzt 188 und 189 des Pr. G.-B.).

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 25. August 1888.

Anfangs der 1870ger Jahre ließ August Gessner auf einer aussichtsreichen Terasse Wädensweils eine schloßartige Villa mit Anlagen, Ziergärten und Ruheplätzen erstellen. Mit Bezug auf die Lage war die Wahl des Bauplatzes eine vorzügliche, nicht aber mit Bezug auf die Umgebung, denn diese bestand in den Etablissementen zweier Seifenfabrikanten, Streuli und Rothpletz. Im Jahre 1884 wollte Streuli in seiner unmittelbar unterhalb dem Besitzthum Gessners gelegenen Fabrik ein Hochkamin erstellen, dessen Ausführung wurde ihm aber auf die Einsprache des Villenbesitzers hin gerichtlich untersagt. Anfangs September 1885 kaufte Gessner die Streulische Liegenschaft und es hörte dann die bis anhin auf derselben betriebene Seifenfabrikation mit Martini 1886 auf. Damit war eine für den Villenbesitzer unangenehme Nachbarschaft beseitigt, allein es blieb nun noch diejenige des David Rothpletz bezw. seiner Fabrikation und diese schien um so lästiger zu sein, als der Fabrikbesitzer die Talgschmelzerei seit dem Jahre 1878 oder 1879 in einem hart an der Grenze der ehemals Streulischen Liegenschaft gelegenen Gebäude betrieb. Er hatte dieselbe aus seinen mehr hinterhalb gelegenen Gebäulichkeiten dorthin verlegt, weil er in den letztern Wohnungen errichten und solche vom „Gestank“ befreien wollte. Kaufsunterhandlungen, die auch hier gepflogen wurden, führten zu nichts, weil Gessner den geforderten Preis von 155,000 Franken zu hoch fand.

Am 31. März 1886 stellte Gessner bei der Gesundheitskommission Wädensweil das Gesuch, es möchte dem David Rothpletz der Betrieb seiner Talgschmelzerei in der bisherigen hart an der Grenze des von Streuli

erworbenen Besitzthums gelegenen Räumlichkeit und überhaupt in der Nähe menschlicher Wohnungen untersagt werden. Der Erfolg war indeß ein negativer, denn mit Bescheid vom 6. April 1886 erklärte die Gesundheitskommission, daß sie sich zur Zeit nicht veranlaßt sehe, irgend welche Verfügungen zu treffen. Nunmehr wandte sich Gessner auf dem Rekurswege mit dem nämlichen Gesuch ans Statthalteramt Horgen und hatte hier zunächst wenigstens den Erfolg, daß eine Untersuchung der Verhältnisse durch Sachverständige angeordnet wurde. Der Bezirksarzt Dr. Lüning erklärte, daß sowohl Erfahrung als Wissenschaft die *Gesundheitsschädlichkeit* der mit einer Talgschmelzerei verbundenen Dämpfe in Abrede stellen und daß der vorliegende Fall nicht nur keine Veranlassung zu einem gegentheiligen Schluß, sondern vielmehr die Bestätigung jener Feststellung ergebe. Dagegen wurde anderseits vom nämlichen Experten gefunden, daß die von der Talgschmelzerei ausströmenden Dämpfe immerhin eine *recht erhebliche* Belästigung der Nachbarschaft zur Folge haben und daß es sich durchaus rechtfertige, die Verminderung dieser Belästigung anzustreben. Professor Lunge konstatirte, daß die Einrichtung der Talgschmelzerei eine höchst primitive sei und daß keinerlei Vorrichtungen bestehen, welche die Belästigung der Nachbarschaft durch die übelriechenden Dämpfe verhindern oder reduciren, obgleich die Technik gestatte, solche Vorrichtungen auch für den Kleinbetrieb ohne alle Schwierigkeit auszuführen. Gleichzeitig beschrieb derselbe zwei durch Zeichnungen veranschaulichte Construcktionen, welche beide bezwecken sollten, die Dämpfe von den Schmelzkesseln ins Feuer zu führen und dort zu verbrennen.

Gestützt auf diese beiden Expertisen verfügte das Statthalteramt Horgen unterm 11. August 1886:

1. Das Gesuch Gessners, es möchte dem Rothpletz die fernere Benutzung seiner Talgschmelzerei untersagt werden, wird als unbegründet abgewiesen.

2. Dagegen wird David Rothpletz angehalten, entweder auf die von Professor Lunge angegebene oder auf eine anderweitige Art und Weise eine solche Aenderung im Betriebe des Schmelzprozesses vorzunehmen, daß die Belästigung der Nachbarschaft durch die beim Schmelzen ausströmenden Dämpfe aufhört.

3. Hiezu wird ihm eine zweimonatliche Frist, vom endlichen Entscheide in dieser Angelegenheit angerechnet, angesetzt.

Diese Verfügung wurde dem Rothpletz am 16. August 1886 mit dem Bemerken insinuirt, daß die Rekursfrist 14 Tage von der Insinuation an betrage. Am 15. September, also erst lange nach Ablauf der Rekursfrist, meldete darauf Rothpletz beim Statthalteramt selbst eine Beschwerde an, wurde aber von diesem belehrt, daß der Regierungsrath Rekursinstanz sei, worauf er sich endlich, wiewohl erst, nachdem wieder weit mehr als eine zweite Rekursfrist verstrichen war, an diese Behörde wandte. Am 23. Oktober 1886 beschloß der Regierungsrath, es werde wegen Verspätung auf die Beschwerde nicht eingetreten. In der Begründung ist noch bemerkt: „Auch sind die Einwendungen, welche gegen die Verfügung erhoben werden, obendrein der Art, daß sie kaum zu einer Aenderung des erstinstanzlichen Entscheides führen könnten."

Auch Gessner war mit der statthalteramtlichen Verfügung nicht zufrieden; er rekurirte aber nicht an den Regierungsrath, ja er unterließ sogar, die Execution der statthalteramtlich angeordneten Betriebsverbesserung zu verlangen. Er glaubte, daß nun der Zeitpunkt gekommen sei, die *gerichtliche* Hülfe anzurufen und leitete deßhalb im Mai 1887 Klage ein über die Streitfrage, ob der Beklagte (Rothpletz) nicht verpflichtet sei, das Aufbewahren und Schmelzen von Unschlitt im bisher dazu benutzten Gebäude gänzlich und eventuell in bisheriger Betriebsweise zu unterlassen. Die Klage wurde auf die §§ 617 (gesundheitsschädliche) und 619 (*übermässige* Benutzung des nachbarlichen Eigenthums) gestützt.

Die erste Instanz wies die Klage gänzlich, die zweite *zur Zeit* ab.

Gründe:

1. Nach den §§ 617 und 619 des P. G.-B., auf welche die Klage gestützt wird, muß gegen schädliche Eigenthumsbenutzung Seitens eines

Nachbars zunächst bei den Polizei- resp. Administrativbehörden Rechtshülfe gesucht und kann der richterliche Schutz nur dann und insoweit angerufen werden, als der polizeiliche nicht erhältlich ist.

2. Hienach wäre, um zur Zeit auf die Klage eintreten zu können, erforderlich, daß Kläger die zunächst von den Polizei- resp. Verwaltungsbehörden zu gewährende Rechtshülfe in richtiger und erschöpfender Weise in Anspruch genommen hätte, diese Voraussetzung trifft aber nicht zu und muß deßhalb die Klage zur Zeit abgewiesen werden. Allerdings ist das Einschreiten der örtlichen Gesundheitskommission ohne Erfolg angerufen worden, allein der Rekurs ans Statthalteramt war wenigstens insofern mit Erfolg begleitet, als dem Beklagten unter Fristansetzung aufgegeben wurde, entweder auf die von Lunge angegebene, oder auf anderweitige Art und Weise eine solche Aenderung im Betriebe des Schmelzprozesses vorzunehmen, daß die Belästigung der Nachbarschaft durch die beim Schmelzen entstandenen Dämpfe aufhöre. Diese Auflage erfolgte von dem Gesichtspunkte aus, daß die beim Schmelzen entstehenden Dämpfe zwar nicht gesundheitsschädlich seien, deren Verbreitung aber doch eine so übermäßige Belästigung der Nachbarschaft zur Folge habe, daß ihr nicht zugemuthet werden könne, dieselbe länger zu ertragen und daß dieser Belästigung durch Aenderungen an den Schmelzeinrichtungen abgeholfen werden könne. Es ist also hier polizeiliche Hülfe gewährt worden und wenn und soweit dieselbe ausreicht, bedarf es der richterlichen nicht mehr. Unter diesen Umständen muß der Kläger darauf verwiesen werden, zunächst auf Vollziehung der statthalteramtlichen Verfügung zu dringen und so festzustellen, ob nicht die polizeilich verfügten Anordnungen einen genügenden Schutz gewähren. Der Einwand, daß die statthalteramtliche Auflage Mangels jeder nähern Praecisirung nicht exequirbar sei, hält nicht Stich, denn die genaue Praecisirung kann wohl auch noch im Executionsverfahren stattfinden und übrigens hätte Kläger einem bezüglichen Mangel eben auf dem Wege der Beschwerde an den Regierungsrath abhelfen sollen, wie er diesen Weg auch betreten mußte, wenn er an der Behauptung der Gesundheitsschädlichkeit der beklagtischen Talgschmelzerei festhalten wollte. Es sei hier noch auf den Commentar von Schneider zu § 188 des neuen privatrechtlichen Gesetzbuches (alt 617) verwiesen, zum Beleg dafür, daß in ähnlichen Fällen die Gerichte nur zu handeln berufen sind, wenn ein Rechtsschutz bei den Administrativbehörden (bis zum Regierungsrath hinauf) nicht erhältlich gewesen sei. Natürlich bleibt es dem Kläger überlassen, die Frage der Gesundheitsschädlichkeit der Schmelzerei auf dem Wege der Revision oder durch wiederholte Anhängigmachung seiner Einsprache neuerdings von den Administrativbehörden erörtern zu lassen.

Der Einfluss

des Konkurses auf die vormundschaftlichen und Nutznießungsrechte des Vaters gegenüber den Kindern nach dem bis 1. Januar 1888 in Kraft gestandenen zürcherischen Rechte.

Kassationsgericht Zürich, 10. Sept. 1888.

Die Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes erklärte in einem Urtheil vom 5. Mai 1888 (abgedruckt in No. 11 dieser Blätter S. 171 und folgd.), es habe der Konkursausbruch über einen Ehemann und Vater nach dem bis zum 1. Januar 1888 in Kraft gestandenen Rechte den Verlust der vormundschafttichen und Nutznießungsrechte gegenüber Frau und Kindern zunächst nur für die Dauer des Konkurses nach sich gezogen und sei da, wo die Gläubiger bei Durchführung des Konkurses ganz oder theilweise zu Verlust gekommen seien, für den Weiterentzug dieser Rechte über die Konkursbeendigung hinaus ein förmlicher, diesen Weiterentzug der Rechte aussprechender Beschluß der Vormundschaftsbehörden nöthig gewesen. Diese Auffassung wurde auf dem Kassationswege angefochten, vom Kassationsgericht aber mit folgender Begründung als durchaus richtig anerkannt:

1. Die von der Appellationskammer vertretene Auffaßung ist die einzig richtige. In § 42 des Konkursgesetzes wird nämlich bestimmt: „Der Gemeinschuldner verliert *für die Dauer des Konkurses* die Vormundschaft über seine Ehefrau und Kinder und damit auch die Verwaltung und den Nießbrauch ihres Vermögens. Soweit also nicht eine andere Gesetzesbestimmung eine weitere Einstellung des Gemeinschuldners in Vormundschaft und Nutznießung vorschreibt, geht dieselbe mit der Durchführung des Konkurses zu Ende. Nun finden sich alle Bestimmungen, welche sich auf die privatrechtliche Stellung des Gemeinschuldners nach Beendigung des Konkurses beziehen, in den §§ 153—160. Hier wird zunächst in §§ 153 und 154 festgesetzt, daß wenn der Konkurs durch Zustimmung sämmtlicher Gläubiger oder durch Zwangsnachlaß wieder aufgehoben werde oder wenn sämmtliche Gläubiger durch das Konkursverfahren befriedigt werden, der Gemeinschuldner mit dem Momente der Aufhebung bezw. der Durchführung des Konkurses die freie Verfügung über seine Güter und die vormundschaftlichen Rechte über seine Frau und Kinder (natürlich mit Inbegriff der Nießbrauchrechte, welche in § 42 ausdrücklich als zur Vormundschaft gehörend, und deren Schicksal theilend bezeichnet sind) wieder erlange. Ueber den hier vorliegenden Fall, wo die Gläubiger im Konkurse nicht vollständige Befriedigung gefunden haben, handelt § 155; er bestimmt, in diesem Falle seien die Vormundschaftsbehörden berechtigt, die Vormundschaft über die Ehefrau und Kinder *fortdauern* zu lassen und ihm die Nutznießung des Vermögens der Bevogteten in größerem oder kleinerem Umfange zu *entziehen*. § 156 fügt dann bei, wenn die Bestellung einer dauernden Vormundschaft nicht nothwendig scheine, sollen die Vormundschaftsbehörden immerhin die nöthigen Maßregeln zur Sicherstellung des Vermögens der Ehefrau und Kinder treffen und § 157 schreibt nicht bloß mit Bezug auf die nach § 156, sondern auch die nach § 155 zu ergreifenden Maßregeln vor, daß darüber der Bezirksrath auf Antrag des Gemeindrathes unmittelbar nach Beendigung des Konkurses zu entscheiden habe. Der Gesetzgeber will also, daß nach Durchführung des Konkurses eine weitere obrigkeitliche Vormundschaft über Frau und Kinder und ein weiterer Entzug desNutznießungsrechts nur durch einen auf Antrag des Gemeindrathes gefaßten Beschluß des Bezirksrates herbeigeführt werden könne. Wenn und soweit ein solcher Beschluß nicht gefaßt wird, tritt eine neue Beschränkung der Privatrechte des Gemeinschuldners nicht ein, diejenige aber, welche Folge der Eröffnung des Konkurses war, hat nach § 42 mit Durchführung des Konkurses ihr Ende erreicht.

2. Die Ansicht, es weise der Ausdruck: „die Vormundschaft fortdauern zu lassen“, darauf hin, daß ein besonderer Beschluß nicht nöthig sei, sondern ein bloßes Stillschweigen der Behörde genüge, um den bisherigen Zustand fortdauern zu lassen, hält nicht Stich. Das Wort „lassen“ wird bekanntlich oft gleichbedeutend mit „befehlen“ „anordnen“ gebraucht und daß es auch in § 155 diesen Sinn hat, geht daraus hervor, daß der § 157 ausdrücklich eine besondere Beschlußfaßung des Bezirksrathes über die Frage der Fortdauer der Vormundschaft vorschreibt. Uebrigens ist der Ausdruck: „fortdauern lassen“ in § 155 nur mit Bezug auf die Vormundschaft gebraucht, während mit Bezug auf die Nutznießung, um welche allein es sich hier handelt, gesagt ist, die Vormundschaftsbehörden können dieselbe dem Gemeinschuldner „entziehen“, was doch offenbar eine possitive Thätigkeit voraussetzt.

3. Auch die frühere Gerichtspraxis kann nicht gegen die Richtigkeit des angefochtenen Entscheides angerufen werden, wie sich sofort ergibt, wenn man die Entstehungsgeschichte der fraglichen Gesetzesbestimmung ins Auge faßt.

Als das Familienrecht im Jahre 1854 in Kraft trat, war mit Bezug auf die Wirkungen des Konkurses auf die persönlichen Verhältnisse des Gemeinschuldners das Gesetz von 1850 betreffend die Rehabilitation der Falliten maßgebend, wonach eine Rehabilitation nur dann zuläßig war, wenn sämmtliche zu Verlust gekommene Gläubiger entweder bezahlt waren oder sich sonst mit der Rehabilitation

einverstanden erklärten. Man betrachtete damals die staatsrechtlichen Folgen des Fallitenzustandes und die privatrechtlichen Wirkungen desselben als so untrennbar, daß das Obergericht mehrmals die Rehabilitation gänzlich verweigerte, wenn zwar alle durch das Rehabilitationsgesetz geforderten Voraussetzungen für Rehabilitation eines Falliten erfüllt waren, dem Falliten aber durch ein Strafurtheil für längere Zeit das Aktivbürgerrecht entzogen war (Zeitschrift für zürch. Recht V. 470 VI. 379.)

Die Staatsverfaßung von 1869 stellte dann in dem Abschnitte: „staatsbürgerliche Grundsätze" in Art. 18 den Satz auf:

„Die Einstellung im Aktivbürgerrecht und in der Wählbarkeit erfolgt:

3. in Folge Konkurses, gleichviel ob durchgeführten oder wieder aufgehobenen, jedoch nur in Fällen der Verschuldung und zwar durch gerichtlichen Entscheid auf die Dauer von 1—10 Jahren."

In den Uebergangsbestimmungen wurde dann bestimmt:

„Mit Bezug auf Art. 18 Zif. 3 wird hinsichtlich der vor Annahme der Verfaßung in Folge Konkurses ihres Aktivbürgerrechts verlustig gewordenen Bürger festgesetzt, daß deren Rehabilitation, „sofern sie nicht vorher durch Gerichtsbeschluß ausgesprochen wird, nach Verfluß von 10 Jahren, vom Tage der Falliterklärung an gerechnet, von selbst eintritt."

Ueber die *privatrechtlichen* Folgen des Konkurses enthält die Staatsverfassung keinerlei Bestimmungen. Handelt aber die Verfaßung selbst in Art. 18 einzig von den Wirkungen des Konkurses auf das Aktivbürgerrecht d. h. die *politischen* Rechte des Gemeinschuldners und wird der privatrechtlichen Folgen nirgends gedacht, so muß mit Nothwendigkeit angenommen werden, daß auch die Uebergangsbestimmung, welche den Art. 18 Zif. 3 ausdrücklich citirt, einzig den Zweck hat, festzusetzen, wie die durch § 18 Zif. 3 eingeführte zeitliche Beschränkung des in Folge Konkurses eintretenden Entzuges des Aktivbürgerrechtes auf diejenigen Bürger, welche vor Einführung der neuen Verfassung in Konkurs gerathen waren, anzuwenden sei. Offenbar ist daher der in der Uebergangsbestimmung gebrauchte Ausdruck „Rehabilitation", womit bis dahin allerdings die Wiedereinsetzung eines Falliten sowohl in die privatrechtlichen als die politischen Befugnisse, welche er durch den Konkurs verloren hatte, bezeichnet worden war, hier in beschränkterm Sinne gebraucht und die Uebergangsbestimmung will lediglich festsetzen, daß, wie jeder unter der neuen Verfassung in Konkurs Gerathende nach Art. 18 Zif. 3 der Verfassung höchstens auf 10 Jahre im Aktivbürgerrechte eingestellt werden könne, so auch ein vor dem Inkrafttreten der neuen Verfassung durch Konkurs seines Aktivbürgerrechtes verlustig gewordener Bürger nach Ablauf von 10 Jahren seit seiner Falliterklärung dasselbe wieder verlangen solle.

Wie es scheint nach Gwalters Commentar zu § 162 des P.-G.-B. wandten dann aber die Vormundschaftsbehörden jene Uebergangsbestimmung so an als bezöge sie sich auch auf die privatrechtlichen Wirkungen des Konkurses. Mit Recht erklärte aber die Civilabtheilung des Obergerichtes in einem Recursalbescheide vom 9. November 1869, (Zeitschrift für zürch. R. Pfl. XXI 261) die Uebergangsbestimmung zur Verfassung habe nichts an den civilrechtlichen Folgen des Konkurses geändert. Gwalter gibt dann freilich an, das Obergericht habe in spätern Entscheidungen, sich der Auffassung der Verwaltungsbehörden angeschlossen; indessen führt er dafür keine Belege an. Angenommen aber auch, es exestiren wirklich Entscheidungen des Obergerichtes in dem Sinne, daß seit Einführung der neuen Verfassung gleichzeitig mit der Einstellung im Aktivbürgerrecht immer auch der Entzug der Vormundschaft und der väterlichen Nutznießung wegfalle, so kommt hierauf darum nichts an, weil diese Entscheidungen, da die Vorrede zu Gwalters Commentar vom 18. Februar 1871 datirt ist, jedenfalls einer Zeit angehören müßten, in welcher das am 29. Oktober 1871 angenommene und am 1. Januar 1872 in Kraft getretene Konkursgesetz noch nicht bestand, durch dieses Gesetz nun aber die Folgen des Konkurses für den Gemeinschuld-

ner sowohl in privatrechtlicher als in staatsrechtlicher Beziehung neu geordnet worden sind.

Dieses Gesetz hat nämlich mit Bezug auf die Wirkungen des Konkurses für den Gemeinschuldner in privatrechtlicher und in staatsrechtlicher Beziehung ganz abweichende Bestimmungen getroffen. Während Einstellung im Activbürgerrechte nur bei verschuldetem Konkurse und nur auf bestimmte Dauer von höchstens 10 Jahren eintreten kann, dabei aber nicht unterschieden wird, ob der Konkurs durchgeführt oder in Folge von Zustimmung der Gläubiger oder durch Zwangsnachlaßvertrag wieder aufgehoben worden sei, soll der Entzug der väterlichen und ehelichen Vormundschaft und Nutznießung nach Beendigung des Konkurses, gleichviel, ob er verschuldet gewesen sei oder nicht, von selbst wegfallen, wenn entweder der Konkurs vor der Durchführung wieder aufgehoben worden ist oder sämmtliche Gläubiger im Konkurse befriedigt worden sind; in dem hier vorliegenden Falle dagegen, wo die Gläubiger ganz oder theilweise zu Verlust gekommen sind, sind die Vormundschaftsbehörden befugt, je nach den Verhältnissen des Falles dem Gemeinschuldner auch für die Zeit nach Durchführung des Konkurses die Vormundschaft über Frau und Kinder sowie die Nutznießung an ihrem Vermögen zu entziehen.

4. Hienach hat die Einstellung im Activbürgerrecht und deren Dauer gar keinen Einfluß auf die Privatrechte des Gemeinschuldners, sondern Alles kam bis zum Inkrafttreten des in § 613 eine Aenderung einführenden privatrechtlichen Gesetzbuches von 1887 darauf an, ob und in welchem Umfange die Vormundschaftsbehörden demselben die Vormundschaft über Ehefrau und Kinder an deren Vermögen entzogen haben.

Umfang des väterlichen Niessbrauches

am Vermögen der unter öffentlicher Vormundschaft stehenden Kinder.

Im obigen Falle hat das Kassationsgericht seinem Urtheil folgende Schlußerwägung beigefügt:

Es könnte sich fragen, ob Albrecht kraft des ihm an dem Vermögen seiner Kinder zustehenden Nutznießungsrechtes ohne Weiters Eigenthum an sämmtlichen Früchten der denselben gehörenden Liegenschaften und Viehstücke erworben habe. (Die Appellationskammer nahm dieß an.) Nach römischem Rechte gelangen die Früchte des Nießbrauchsobjektes nicht schon durch die Trennung, sondern erst durch die Perception von Seiten des Nießbrauchers in dessen Eigenthum und wenn auch unser Gesetzbuch eine derartige Bestimmung nicht enthält und im Allgemeinen wohl angenommen wird, daß die Früchte dem Nießbraucher auch ohne eine besondere Thätigkeit desselben zu Eigenthum zufallen, könnte es sich doch fragen, ob in einem Falle, wie der vorliegende, wo wegen der bestehenden obrigkeitlichen Vormundschaft der Nutznießer zu keiner selbständigen Verfügung über die Nutznießungsobjekte berechtigt ist, sein Recht sich nicht darauf beschränke, von der vormundschaftlichen Verwaltung den Nettoertrag des Nießbrauchvermögens zu fordern. Indessen ist dieser Gesichtspunkt nicht geltend gemacht worden und derselbe wäre auch zur Begründung eines Nichtigkeitsbegehrens nicht geeignet, da von Widerspruch mit einer klaren Gesetzesbestimmung nicht die Rede sein könnte.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

Schweizer Blätter

für

Handelsrechtliche Entscheidungen.

VIII. Band.

Jahrgang 1889.



ZÜRICH.
Verlag von Orell Füssli & Comp.
Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.
1889.

Inhaltsverzeichniss

zum Jahrgang 1889.

15. Januar 1889. VIII. Band. № 1.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Schweizerisches Bundesgericht.

3. November 1888.

Konkursmasse *Schildknecht* ca. *Huber*.

Compensation im Konkurs

mit einer *vor* der Konkurseröffnung erworbenen Forderung auf den Gemeinschuldner.

Anfechtung der Verrechnung auf Grund von Art. 137 des O.-R.

Erforderniß der fraudulösen Absicht beim Erwerb der Forderung, mit welcher compensirt werden will, als Voraussetzung für die Anfechtbarkeit der Verrechnung.

Bedeutung und Tragweite des in Art. 137 d. O.-R. vorgesehenen richterlichen Ermessens.

Durch Kaufvertrag vom 23. Juli 1887 verkaufte der Käser J. A. Schildknecht von Mooshub dem Großhändler Oskar Huber in Winterthur „von seinen diesjährigen fetten Käsen zu Mooshub die 365 Stück vom 1. Mai bis 31. Oktober 1887 zum Preise von 148 Fr. pro 100 Kilo mit 6 % Ausgewicht, franco nach Hauptweil in gutem Zustande geliefert, einzuwiegen: Maikäse im September, Juni, Juli und 20 Stück vom August, wenn offen Ende Oktober, Rest August-September auf 1. Januar 1888, Oktoberkäse im Februar 1888." Die Zahlung hat zu geschehen für die beiden ersten Lieferungen auf 5. November, für die beiden andern Lieferungen auf Lichtmeß 1888. Dieser Kauf war vermittelt worden durch Jakob Aebi in Goßau, welcher für verschiedene Großhändler die Käseeinkäufe in der Ostschweiz besorgt und bereits früher in Geschäftsverbindung mit Schildknecht gestanden hatte. Anläßlich des Kaufabschlusses ist die folgende, im Käsehandel übliche und speziell bei den frühern durch Aebi vermittelten Verkäufen des Schildknecht stets festgehaltene Vereinbarung getroffen worden. Der Vermittler Aebi solle dem Käser Schildknecht durch Eingehung von Wechselbürgschaften, resp. durch Girirung von Wechseln behülflich sein, das für die Zahlungen an seine Milchlieferanten auf Martini 1887 erforderliche Geld zu beschaffen. Hinwider solle Aebi dadurch sicher gestellt werden, daß der Käufer Huber seine Kaufpreisschuld bis zum Belaufe der von Aebi unterzeichneten Wechsel an diesen und nicht an Schildknecht bezahle, oder dann zum Zwecke der Einlösung fraglicher Wechsel selbst verwende.

Diese Verabredung ist von allen Betheiligten (Schildknecht, Huber und Aebi) genehmigt worden. Schildknecht stellte nun drei Eigenwechsel an die Ordre des J. Aebi aus, nämlich: 1) einen solchen d. d. 20. Oktober

1887 über 2500 Fr., zahlbar am 22. Januar 1888 bei der Schweizerischen Volksbank, Filiale St. Gallen; 2) einen solchen d. d. 29. Oktober über 4000 Fr., zahlbar am 29. Januar 1888 bei der Eidg. Bank in St. Gallen; 3) einen solchen d. d. 5. November 1887 über 5000 Fr., zahlbar am 4. Februar 1888 bei Mandry & Dorn in St. Gallen. Aebi girirte diese Wechsel der Abrede gemäß an die betreffenden Bankinstitute. Nachdem er den letzten derselben unterzeichnet hatte, vernahm er von Schildknecht, daß Huber den Kaufpreis für die inzwischen geschehenen ersten Käselieferungen bereits an Schildknecht bezahlt habe. Er reklamirte daher sofort durch Schreiben vom 6. November 1887 bei Huber, indem er diesen an die Vereinbarung, daß das Käsegeld an ihn zu bezahlen sei, erinnerte und darauf insistirte, daß wenigstens die zweite Zahlung an ihn geschehen müsse, um ihn für die Einlösung der Wechsel zu sichern. Am 11. November 1887 starb nun aber Schildknecht; nachdem ein am 19. November 1887 über seinen Nachlaß aufgenommenes waisenamtliches Inventar einen Passivenüberschuß von ca. 30,000 Frkn. ergeben hatte, wurde das beneficium inventarii mit Anmeldungsfrist bis 19. Dezember bewilligt und am 23. Dezember 1887 der Konkurs über den Nachlaß eröffnet. Anfangs Dezember 1887 erwarb Huber im Einverständnisse mit Aebi die drei oben erwähnten, von Schildknecht ausgestellten und von Aebi girirten Wechsel, — denjenigen vom 29. Oktober 1887 über 4000 Fr. direkt durch Indossement der Eidgen. Bank, die beiden andern durch Indossement des Aebi, welcher dieselben von den betreffenden Bankinstituten zurückerworben hatte. Im Konkurse des Schildknecht verstellte Huber seine Forderung aus den 3 Wechseln mit zusammen 11,500 Fr. zur Verrechnung gegen seine restliche Kaufpreisschuld, welche 11,600 Fr. betrug. Die Konkursmasse Schildknecht focht unter Berufung auf Art. 137 des O.-R. diese Verrechnung an und klagte gegen Huber beim Handelsgericht Zürich auf Zahlung seiner Kaufpreisschuld in die Konkursmasse.

Mit Urtheil vom 12. Juli erkannte das Handelsgericht Zürich: „Von der Anerkennung der Klage im Betrage von 100 Frkn. nebst Zins à 5 % seit 2. Februar 1888 wird Vormerk genommen; *im übrigen wird dieselbe abgewiesen*" (siehe Nro. 13 dieser Blätter vom 15. Juli 1888, Seite 193 u. f.).

Gegen dieses Urtheil ergriff Klägerin die Weiterziehung ans Bundesgericht, sie wurde aber abgewiesen und das handelsgerichtliche Urtheil in allen Theilen bestätigt.

Gründe:

1. Unbestrittenermaßen sind die gesetzlichen Voraussetzungen der Verrechnung an sich gegeben und kann es sich nur fragen, ob nicht dieselbe gemäß Art. 137 des O.-R. deßhalb angefochten werden könne, weil der Beklagte die von ihm zur Verrechnung gestellten Wechselforderungen an Schildknecht, zwar vor der Konkurseröffnung, aber in Kenntniß der Zahlungsunfähigkeit des Schildknecht, resp. seines Nachlasses, erworben habe, um sich oder einem andern durch die Verrechnung einen Vortheil zur Beeinträchtigung der Masse zuzuwenden. Wäre dies zu bejahen, so müßte die Verrechnung vom Richter verweigert werden. Denn die vom Anwalte des Rekursbeklagten vertretene Meinung, daß der Richter gemäß dem Schlußsatz des Art. 137 cit. befugt sei, auch bei Vorhandensein des Thatbestandes dieses Artikels die Verrechnung nach freiem Ermessen dennoch zu gestatten, kann, wie dies bereits die Vorinstanz ausgesprochen hat, nicht gebilligt werden. Wenn der Schlußpassus des Art. 137 sagt, der Richter „entscheidet darüber unter Würdigung der Umstände nach freiem Ermessen", so wird dadurch der Richter nicht ermächtigt, den im ersten Satze des Artikels aufgestellten Rechtssatz je nach Umständen, nach Ermessen und Willkür, anzuwenden oder auch nicht anzuwenden, sondern wird nur bestimmt, daß der Richter darüber, ob die thatsächlichen Voraussetzungen des fraglichen Rechtssatzes gegeben seien (ob der Schuldner Kenntniß von der Zahlungsunfähigkeit des Gläubigers gehabt und eine Benachtheiligung der Masse zum eigenen Vortheil oder zum Vortheile eines Dritten beabsichtigt habe), also über die Beweisfrage nach freiem Ermessen entscheide, ohne an formelle Beweis-

regeln der kantonalen Prozeßordnung gebunden zu sein. Wenn dem Richter nicht nur die freie Beweiswürdigung hätte eingeräumt, sondern ihm auch hätte gestattet werden wollen, die Voraussetzungen der Anfechtung je für den einzelnen Fall nach freiem Ermessen selbstständig festzustellen, so wäre diesem Gedanken gewiß im Gesetze unzweideutiger Ausdruck gegeben worden. Nach der Fassung des Gesetzes kann dem Schlußsatze desselben keine andere Bedeutung beigemessen werden als dem ganz ähnlich lautenden Schlußsatze des Art. 202 Abs. 2 des O.-R., bei welchem doch wohl unzweifelhaft ist, daß er sich lediglich auf die Beweiswürdigung bezieht. (A. A. anscheinend allerdings Schneider und Fick, Commentar, zweite Auflage ad. Art. 137, Janggen, Zeitschrift des bernerischen Juristenvereins, Bd. 23, S. 438 u. folg.)

2. Der Vorderrichter läßt dahingestellt, ob der Beklagte zur Zeit der Erwerbung der Wechsel Kenntniß von der Zahlungsunfähigkeit des Schildknecht'schen Nachlasses hatte; denn er geht davon aus, daß, selbst wenn dies der Fall gewesen sei, die Verrechnung dennoch nicht angefochten werden könne, da es an dem weitern gesetzlichen Requisite der Anfechtung, der fraudulösen Absicht, d. h. der Absicht, sich oder einem Dritten einen Vortheil zur Beeinträchtigung der Masse zuzuwenden, fehle.

3. Dieser Entscheidung ist grundsätzlich beizutreten. Während Art. 136 des O.-R. die Vereinbarung schlechthin als unzuläßig erklärt, wenn ein Schuldner des Gemeinschuldners erst nach der Konkurseröffnung eine Forderung an denselben erwirbt, so ist in dem andern Falle, wo der Schuldner des in Konkurs Gerathenen eine Forderung an denselben, zwar in Kenntniß der Zahlungsunfähigkeit des Gläubigers, aber vor der Konkurseröffnung erworben hat, die Verrechnung gemäß Art. 137 des O.-R. bloß anfechtbar und auch dies nicht unbedingt, sondern nur dann, wenn der Forderungserwerb erfolgte, „um sich oder einem Andern durch die Verrechnung einen Vortheil zur Beeinträchtigung der Masse zuzuwenden". Während nämlich durch die Konkurseröffnung das Vermögen des Gemeinschuldners in seinem damaligen Bestande der Gläubigerschaft zur Befriedigung aus demselben zugewiesen wird, so daß spätere Vorgänge, wenn sie auch gegenüber dem Gemeinschuldner die Kompensationseinrede begründen würden, der Masse nicht entgegengehalten werden können, so ist dagegen, wenn der Grund der Einrede der Verrechnung bereits vor der Konkurseröffnung gelegt war, die Verrechnung im Konkurse an sich statthaft und kann nur, gemäß Art. 137 des O.-R., angefochten werden, wenn der auf Verrechnung sich berufende Schuldner die zur Verrechnung gestellte Forderung in fraudulöser Absicht erworben hat, d. h. in der Absicht, durch die Verrechnung sich selbst oder einem Dritten einen Vortheil zuzuwenden, auf welchen sie im Konkurse keinen Anspruch hätten. Das Gesetz will unredlichen, auf Ausplünderung der Masse berechneten Manipulationen einzelner Schuldner und Gläubiger eines Zahlungsunfähigen entgegentreten; es will verhindern, daß z. B. die Schuldner eines solchen sich ihrer Schuldpflicht in wohlfeiler Weise dadurch entledigen, daß sie Forderungen auf denselben zu billigem Preise erwerben und dieselben alsdann zum vollen Betrage auf ihre Schuld verrechnen, oder daß sie, sei es aus Gefälligkeit, sei es gegen Entgelt, Forderungen einzelner Gläubiger zur Verrechnung auf ihre Schuld übernehmen, um letztern Befriedigung ihrer Forderungen zu einem Satze zu verschaffen, auf welchen sie im Konkurse keinen Anspruch hätten u. dgl. Dagegen ist die Verrechung mit einer, selbst im Bewußtsein der Zahlungsunfähigkeit des Gläubigers erworbenen Forderung dann nicht anfechtbar, wenn beim Forderungserwerbe eine solche unredliche Absicht nicht obwaltete. Von einer unredlichen, auf Schädigung der Masse gerichteten Absicht nun kann insbesondere dann nicht gesprochen werden, wenn der Schuldner, indem er die Forderung an seinen zahlungsunfähigen Gläubiger zum Zwecke der Verrechnung erwarb, lediglich eine bereits bestehende, und nicht zum Zwecke der Benachtheiligung der Gläubiger eingegangene rechtliche Verpflichtung erfüllen wollte. In diesem Falle will ja der Schuldner nicht durch mißbräuchliche Ausnützung des Instituts der

Verrechnung, sich oder einem andern zum Nachtheile der Masse einen ihnen im Konkurse nicht gebührenden Vortheil verschaffen, sondern einfach, in Erfüllung eines Gebots der Rechtsordnung, diejenige Rechtslage herstellen, welche dem objektiven Rechte entspricht, und auf welche daher der dadurch Begünstigte einen rechtlichen, auch im Konkurse nicht anfechtbaren Anspruch besitzt. Dies trifft auch dann zu, wenn eine rechtliche Verpflichtung zum Forderungserwerbe für den Schuldner nicht wirklich besteht, sondern von ihm nur irrthümlich, aber in gutem Glauben als bestehend angenommen wird. Auch in diesem Falle ist die vom Gesetze zur Anfechtbarkeit der Verrechnung geforderte unredliche Absicht ausgeschlossen.

4. Es ist nun unzweifelhaft, daß der Beklagte die Wechsel zu dem Zwecke erwarb, um den Litisdenunziaten Aebi von seiner Haftung für diese Wechsel zu befreien resp. denselben dadurch, daß er die Wechselforderungen erwarb und gegen seine Kaufpreisschuld an Schildknecht verrechnete, für den aus den Wechseln eventuell erwachsenden Regreßanspruch an Schildknecht zu decken. Sofern daher der Beklagte im Augenblicke des Erwerbes der Wechsel von der Zahlungsunfähigkeit des Schildknecht'schen Nachlasses Kenntniß hatte, so wäre die Anfechtbarkeit der Verrechnung, nach dem Bemerkten begründet, wenn nicht angenommen werden müßte, der Beklagte habe die Wechsel in der Absicht erworben, dadurch eine ihm obliegende rechtliche Verpflichtung zu erfüllen. Dies ist aber nach dem von der Vorinstanz festgestellten Thatbestande unzweifelhaft der Fall. Nach der zwischen Schildknecht, Aebi und Huber zufolge des Thatbestandes der Vorinstanz getroffenen Abrede hatte Schildknecht den Beklagten Huber beauftragt, seine Kaufpreisschuld bis zum Belaufe der von Aebi unterzeichneten Wechsel (d. h. bis auf den Betrag von 11,500 Fr.) statt an ihn, vielmehr an Aebi zu bezahlen oder diese Schuld direkt durch eigene Einlösung der Wechsel zur Befreiung des Aebi zu verwenden, er hatte ferner den Aebi zu dessen Vortheil, — damit derselbe daraus die von ihm garantirten Wechselschulden tilge, — ermächtigt, die fraglichen Zahlungen in Empfang zu nehmen. Aebi hatte die ihm gegebene Ermächtigung, Huber den ihm gegebenen Auftrag (letzteres sowohl gegenüber Aebi als gegenüber Schildknecht) angenommen. In diesem Sachverhalte darf unbedenklich der Thatbestand einer im Interesse des Anweisungsempfängers ertheilten, von diesem angenommenen und auch vom Angewiesenen sowohl gegenüber dem Anweisenden als gegenüber dem Anweisungsempfänger auftragsgemäß acceptirten, daher unwiderruflichen und durch den Konkurs des Anweisenden nicht dahinfallenden Anweisung gefunden werden (s. Art 406. u. ff., speziell 412 des O.-R.). Daß die Anweisung etwa in fraudem creditorum ertheilt worden sei, ist nicht behauptet und konnte offenbar nicht behauptet werden. Danach war aber der Beklagte befugt (und verpflichtet) 11,500 Fr., seiner Kaufpreisschuld, statt an Schildknecht resp. dessen Masse, an Aebi zu bezahlen und konnte er gegenüber der Konkursmasse Schildknecht geltend machen, daß er seine Kaufpreisschuld an Schildknecht durch Zahlung an den Anweisungsempfänger Aebi und nicht an sie zu tilgen habe. Er hat dies nun allerdings nicht gethan, sondern statt dessen die von Aebi garantirten Wechsel auf Rechnung seiner Kaufpreisschuld und zur Verrechnung gegen dieselbe erworben. Dadurch hat er aber einfach auf anderm Wege die von ihm gültig übernommene Verpflichtung, dem Aebi vermittelst seiner Kaufpreischuld Deckung zu verschaffen, erfüllt und erfüllen wollen; die ökonomische Wirkung für alle Betheiligten, insbesondere auch für die Konkursmasse Schildknecht, ist durchaus die nämliche, als wenn der Beklagte, wie er in erster Linie versprochen hatte, an Aebi bezahlt, und dann diese Zahlung gegenüber der Konkursmasse geltend gemacht hätte. Es kann also hier von einer auf Schädigung der Masse zu eigenem oder fremdem Vortheil gerichteten Absicht so wenig wie überhaupt von einer effektiven Schädigung der Masse die Rede sein.

Handelsgericht Zürich.
16. November 1888.
Trümpy contra Perrot.

Kauf.

Gewährleistung des Verkäufers. Streit über die Frage, ob eine gültige vertragliche Abänderung des vom Gesetze vorgesehenen Inhalts der Nachwährschaftspflicht stattgefunden habe oder nicht.

Der Kläger, Egidius von Jakob Trümpy in Glarus wünschte im Herbst 1887 zwei Pferde zu kaufen und wandte sich deßhalb an den Beklagten, den Pferdehändler Charles de Perrot in Riesbach. Es gefielen ihm 2 Wallachen-Füchse, da er jedoch nach deren Besichtigung die Besorgniß hegte, es könnten die Pferde wegen ihrer leichten Beschaffenheit und der damit zusammenhängenden geringen Gliederkraft zum Ziehen seiner Wagen auf den bergigen Straßen des Kantons Glarus untauglich sein, so kam vorläufig noch kein Kauf zu Stande. Trümpy schickte einen ihm als Pferdekenner bekannten Kaspar Grünenfelder in Außersihl und nachher seinen Kutscher Elber zu Perrot, um die Pferde ebenfalls zu besichtigen und um — wie er geltend macht — mit dem Beklagten eventuell über den Preis und die übrigen Modalitäten eines Kaufes zu unterhandeln. Er verstellt zum Beweis, daß Perrot diesen beiden Personen erklärt habe: Wenn die Pferde mit Rücksicht auf das geäußerte Bedenken, sie möchten für die bergige Gegend des Kantons Glarus zu leicht sein, nicht conveniren sollten, so werde er sie anstandslos wieder zurücknehmen *und den Kaufpreis zurückerstatten*. Nun machte Kläger dem Beklagten einen zweiten persönlichen Besuch und zwar in Begleitung des bereits genannten Kaspar Grünenfelder und des Theodor Fierz zum Sonnenbühl in Fluntern. Er beruft sich auf diese Personen als Zeugen, daß Perrot auch dießmal ausdrücklich versprochen habe, die Pferde zurückzunehmen *und den Kaufpreis zurückzuerstatten*, falls dieselben sich für den Gebrauch in der bergigen Gegend des Kantons Glarus als zu leicht erweisen sollten. Zum definitiven Abschluß kam es auch jetzt noch nicht. Dagegen schrieb Trümpy bald darauf mit Brief vom 8. Dezbr. 1887 an Perrot: „Ich will mich entschließen, den geforderten Preis von 4500 Fr. für die bezeichneten 2 Fuchsen zu bezahlen unter der Voraussetzung, daß wenn sich dieselben als zu leicht für meinen Gebrauch erweisen sollten, *Sie mich dann solche gegen andere umtauschen lassen.*" Sofort telegraphirte Perrot, daß er die Pferde selber nach Glarus bringen werde und wirklich brachte er sie am 9. Dezember 1887, worauf ihm der Kaufpreis von 4500 Fr. ausbezahlt wurde. Trümpy behauptet, daß Perrot hier, als er seine, des Klägers Fuhrwerke gesehen, selbst das Bedenken geäußert, es möchten dieselben für die gekauften Pferde zu schwer sein und daß er im Anschluß daran erklärt habe: Er wolle die Pferde *einstweilen* da lassen; man solle sie probiren; wenn sie sich doch als zu leicht erweisen, werde er sie auf Verlangen ohne Weiteres zurücknehmen *und den Kaufpreis zurückerstatten.*

Schon am 11. Dezember schrieb Trümpy an Perrot, seine Befürchtung, daß die zwei Fuchsen sich als für seine Fuhrwerke und die dortige bergige Gegend zu leicht erweisen, habe sich leider bewahrheitet. Mit Rücksicht darauf und weil er laut seinem Brief vom 8. Dezember den Preis von 4500 Fr. nur unter der Voraussetzung bewilligt habe, daß wenn sich die Pferde als zu leicht erweisen, er solche zurückgeben könne, Perrot diese Clausel durch sein Telegramm stillschweigend acceptirt habe und weil er unter den übrigen Pferden des letztern nichts Convenables habe ausfindig machen können, müsse er die Rücknahme der Pferde und Restituirung der bezahlten 4500 Fr. verlangen. Beigefügt ist indessen: „Dagegen wollen Sie 200 Fr. in Abzug bringen, die ich Ihnen freiwillig sans préjudiçe vergüte." Diesem Brief folgte am 12. Dezember eine Korrespondenzkarte des Inhalts: „Ich fuhr Ihre Pferde heute wieder, es ging etwas besser. Ich werde Ihnen dieser Tage wieder schreiben." Der folgende Brief datirt vom 17. Dezember und geht dahin, es sei nach wiederholten Proben nunmehr definitiv festgestellt, daß die

Pferde für den Gebrauch des Klägers zu leicht seien und komme er deßhalb auf das Begehren um deren Rücknahme zurück. Mit Brief vom 19. Dezember sprach Perrot sein Bedauern aus, daß die Pferde für den Dienst des Klägers zu leicht seien, verweigerte aber die einfache Rücknahme und Restitution des Kaufpreises und erklärte sich nur zu einem Umtausch mit 2 andern Pferden bereit. Trümpy hielt daran fest, daß er die Rücknahme der Pferde und die Restituirung des Preises verlangen könne, während Perrot unter Berufung auf den klägerischen Brief vom 8. Dezember den Standpunkt einnahm, daß nur ein Umtauschrecht in Frage kommen könne. Ohne daß der Kläger seinen Standpunkt aufgab, suchte er doch, wo möglich einen Tausch abzuschließen und besichtigte zu diesem Zwecke wiederholt Pferde in der Stallung des Beklagten, allein eine Einigung konnte nicht erzielt werden und Trümpy schrieb deßhalb am 4. April, es bleibe ihm nichts Anderes übrig, als sein Begehren um Rücknahme der Pferde zu wiederholen und im Weigerungsfalle den Prozeßweg zu betreten. Daraufhin kam die Angelegenheit in die Hände der Advokaten. Am 18. Juli proponirte der Vertreter des Perrot neuerdings gütliche Erledigung durch ein Tauschgeschäft in der Meinung, daß der Preis der einzutauschenden Pferde eventuell durch gerichtliche Expertise festzustellen wäre. Er setzte dem Kläger eine Frist von 14 Tagen an, um sich für Annahme oder Ablehnung dieser Offerte zu erklären und constatirte mit Brief vom 30. Juli, daß sich letzterer noch nicht gemeldet habe, die Umtauschpflicht des Beklagten aber mit dem 2. August erlösche.

Schließlich leitete Trümpy beim Handelsgericht Klage ein über die Frage, ob der Beklagte Perrot nicht verpflichtet sei, die beiden Pferde zurückzunehmen und den bezahlten Kaufpreis von 4500 Fr. zu restituiren. In der Klagebegründung nahm er den Standpunkt ein, daß ein bloßer Kauf auf Besicht vorliege, (Art. 269 des O.-R.) der mit seiner Erklärung, daß er die Pferde nicht genehmige, dahinfalle. Eventuell stehe ihm der Wandelungsanspruch zu, weil die geringe Gliederkraft der Thiere dieselben als zum vorausgesetzten Gebrauche untauglich erscheinen lasse. Davon, daß diesem Anspruch vertraglich derjenige auf Umtausch substituirt worden sei in dem Sinne, daß nur der letztere geltend gemacht werden könne, sei keine Rede. Er habe vielmehr die Wahl gehabt, zu tauschen oder zurückzubieten, eventuell wäre eine bezügliche Pflicht dadurch dahingefallen, daß der Beklagte den Tausch schuldhafter Weise verunmöglicht habe. Der letztere anerkannte seine Verantwortlichkeit dafür, daß die Pferde für den Gebrauch des Klägers nicht zu leicht seien, jedoch nur in dem Sinne, daß er alsdann zur tauschweisen Beschaffung von Ersatzpferden verpflichtet sei. Er hält indeß dafür, daß auch diese, einzig in Frage kommende Verpflichtung nicht bestehe und eventuell wieder erloschen sei, das erstere deßwegen, weil die Voraussetzung der Verpflichtung (zu leichte Beschaffenheit der Pferde für den Dienst beim Kläger) nicht bestehe und das letztere aus dem Grund, weil die allfällig entstandene Verpflichtung in Folge des klägerischen Verzuges gemäß Art. 122 des O.-R. dahingefallen sei.

Das Handelsgericht wies die Klage ab.

Gründe:

1. Für die Erforschung der Willensmeinung der Contrahenten beim Abschluß des streitigen Geschäftes ist maßgebend der Brief des Klägers vom 8. Dezember 1887, auf welchen hin der Beklagte die Pferde nach Glarus brachte. Hienach ist der Kläger den Kauf eingegangen und hat die Pferde bezahlt unter der Voraussetzung, daß wenn sich dieselben als zu leicht erweisen, der Beklagte ihn solche gegen andere umtauschen lasse. Der klägerische Vertreter hat von einem Kauf auf Probe gesprochen. Ein solcher liegt dann vor, wenn der Käufer ganz nach seinem Belieben die Kaufsache genehmigen kann oder nicht, ohne daß er im letztern Falle Gründe dafür anzugeben braucht, weßhalb ihm die Sache nicht gefalle; diese Voraussetzung trifft hier offensichtlich nicht zu, denn es sollte der Kläger die Pferde nur dann nicht behalten müssen, wenn dieselben für seinen Gebrauch zu leicht seien. Die Frage ist

vielmehr nur die, ob der Kläger im letztern **Falle** lediglich **befugt** sei, andere Pferde in **Tausch** zu nehmen oder aber die Wahl habe, zu **tauschen** oder zurückzubieten.

2. Der Beklagte macht nämlich geltend, durch jene Umtauschklausel habe der Kläger auf das Rückbietungsrecht verzichtet in der Meinung, daß der Beklagte zwar die Pferde zurücknehmen müsse, wenn sie sich aus dem erwähnten Grunde als untauglich erweisen, daß aber Kläger nicht Rückerstattung des Kaufpreises, sondern nur passende Ersatzpferde verlangen könne. Dieser Ansicht ist auf Grund des Wortlautes des Briefes vom 8. Dezember 1887 durchaus beizustimmen. Es verlangt dort der Kläger weiter nichts, als daß ihm, wenn sich seine Befürchtung betreffend allzu leichte Beschaffenheit der Pferde als begründet herausstelle, das Recht gewahrt bleibe, andere für die Berggegend des Kantons Glarus passende Pferde einzutauschen; indem der Beklagte hierauf einging, wurde die Vereinbarung eines eventuellen Tauschgeschäftes mit noch festzusetzenden Bedingungen perfect. Eine Verabredung dieses Inhalts hat nichts Auffälliges an sich und ist auch sehr wohl realisirbar. Die Contrahenten gingen davon aus, es werde sich schon ein passendes Pferdepaar von ungefähr gleichem Werthe zum Umtausch finden; der Kläger stellt auch nicht in Abrede, daß er unter Umständen geneigt gewesen wäre, ein Aufgeld von einigen hundert Franken zu bezahlen. Stellte sich dann heraus, daß der Beklagte passende Ersatzpferde nicht habe oder ein zu hohes Aufgeld verlange, so hätte der Kläger nach den Bestimmungen des Obligationenrechtes über den Erfüllungsverzug dem Beklagten Frist zur Erfüllung ansetzen können, unter der Androhung, daß nach Ablauf derselben der Vertrag aufgelöst sei (Art. 122 O.-R.) Da er dieß unterlassen hat, kann er nun nicht unter Berufung darauf, daß eine gütliche Einigung nicht erzielt worden sei, Rückgängigmachung des Kaufes verlangen, sondern er ist an jene Vereinbarung, durch welche das Rückbietungsrecht wegbedungen wurde, gebunden.

3. Die zum Beweise verstellte Behauptung, daß der Beklagte vor dem definitiven Kaufsabschlusse wiederholt in verbindlicher Form erklärt habe, er nehme die Pferde für den Fall, daß sie zu leicht seien, zurück und erstatte den Kaufpreis ist deßhalb unerheblich, weil der Kläger hierauf in seinem Briefe vom 8. Dezember in keiner Weise Bezug nahm. Es ist also davon auszugehen, daß er sich nachträglich mit der Zusicherung des Umtauschrechtes begnügt habe. Ebenso ist auf das Beweisanerbieten für eine gleiche Aeußerung anläßlich der Uebergabe der Pferde am 9. Dezember in Glarus nicht einzutreten. Gegenüber einer schriftlich fixirten Vereinbarung kommt derartigen mündlichen Zusagen jedenfalls so lange keine Bedeutung zu als der Betreffende von seinem Mitcontrahenten hiebei nicht behaftet worden ist. Dafür, daß dieß geschehen sei, ist ein Beweis nicht offerirt. Der Gegenbeweis liegt darin, daß der Kläger sich nicht, wie dies in einem geordneten kaufmännischen Verkehr Uebung ist, jene so wichtige Zusage hat schriftlich bestätigen lassen.

4. Nach dem Gesagten ist die Klage zu verwerfen.

Anmerkung der Redaktion. Wir hätten die Klage gegentheils sofort gutgeheißen oder dann dem Kläger jedenfalls den dafür angetragenen Beweis abgenommen, daß der Beklagte sowohl bei den Kaufsunterhandlungen als auch nach dem Vertragsabschluß, beim Ueberbringen der Pferde nach Glarus, erklärt habe, er nehme dieselben, sofern sie sich für den Gebrauch des Klägers zu leicht erweisen, sofort anstandslos zurück *und restituire den empfangenen Kaufpreis.*

Gründe:

1. Die zwischen den beiden Parteien geführte Korrespondenz läßt keinen Zweifel darüber aufkommen, daß der Beklagte sowohl die thatsächliche Richtigkeit der klägerischen Reklamation, es haben sich die Pferde als für den Gebrauch in der bergigen Gegend des Kantons Glarus zu leicht erwiesen, als auch den daraus folgenden Rechtsschluß der principiellen Begründetheit seiner Nachwährschaftspflicht anerkannt hat. Was er negirte, war einzig der vom Kläger behauptete *In-*

halt der Nachwährschaftspflicht, indem er bestritt, daß dieser in der Verpflichtung zur Rücknahme der beiden Pferde und Ersatz des empfangenen Kaufpreises bestehe und dagegen behauptete, daß die eingetretene Nachwährschaftspflicht nur ein Umtauschrecht des Klägers begründet habe.

2. Bei den genannten Anerkennungen ist der Beklagte natürlich zu behaften und somit auf seine dießfälligen Bestreitungen im Prozeß keine Rücksicht zu nehmen. Was nun aber den *Inhalt* der Nachwährschaftspflicht betrifft, so statuirt das Gesetz denselben im Sinne des Klagebegehrens (Wandelungsanspruch). Gewiß war es indessen zuläßig, der Nachwährschaftspflicht *vertraglich* einen andern Inhalt zu geben und frägt es sich daher nur, ob dieß überhaupt und in gültiger Weise geschehen sei. Bejahendenfalls muß die Klage, so wie gestellt, abgewiesen, verneinendenfalls dagegen gutgeheißen werden.

3. Der Beklagte macht geltend, es haben die Parteien an Stelle der gesetzlich vorgesehenen Wandelung oder Minderung ein Tauschrecht des Klägers gesetzt, mit dem eine Tauschpflicht seinerseits correspondire. Er versteht das nach den unzweideutigen Ausführungen seines Vertreters nicht etwa dahin, daß er sich verpflichtet habe, an Stelle der nicht vertragsgemäßen Pferde andere, gleichwerthige, mit den vertragsgemäßen Eigenschaften ausgerüstete Thiere zu liefern, so daß diese einfach an Stelle der ersten in den Vertrag getreten wären, für dieselben als Vertragserfüllung gegolten hätten und folglich ein neuer Preis nicht mehr zu vereinbaren gewesen wäre. Sein Standpunkt ist vielmehr der, daß der Abschluß eines ganz neuen Rechtsgeschäftes in Aussicht genommen worden sei. Vorausgesetzt nun aber, es könnte eine solche Abmachung aus dem Brief des Klägers vom 8. Dezember 1887 herausgelesen werden, so müßte sie einfach als ungültig bezeichnet werden, weil es sich dabei nur um den Abschluß eines neuen Rechtsgeschäftes, speciell eines Tausches handeln könnte, dessen Wirksamkeit an die Bedingung geknüpft worden wäre, daß die verkauften und gelieferten Pferde zu dem vorausgesetzten Gebrauche nicht dienlich seien und weil ein solches Rechtsgeschäft nur dann gültig wäre, wenn gleichzeitig eine Einigung über die Tauschgegenstände (Ersatzpferde) und die Tauschbedingungen stattgefunden hätte, was indeß nicht geschehen ist. Wenn dagegen eingewendet wird, es sei die Vertragsmeinung einfach dahin gegangen, daß im Nichteinigungsfalle durch Experten und eventuell durch den Richter sowohl die vom Beklagten zu liefernden Ersatzpferde ausgewählt als auch die Bedingungen festgesetzt werden sollen, unter welchen der Tausch stattzufinden habe, also z. B. welcher von beiden Contrahenten dem andern eine Tauschaufgabe zu bezahlen habe und in welcher Höhe, so ist das gewiß eine Auffassung, an deren Richtigkeit der Beklagte selbst nicht glaubt und die ihrer inneren Unglaubwürdigkeit wegen gewiß nur dann acceptirt werden dürfte, wenn sie in unzweideutiger Weise als gewollt erklärt worden wäre. Dazu kommt, daß eine solche Vereinbarung, um Anspruch auf rechtlichen Schutz machen zu können, sich wohl zum mindesten auch noch auf die Bezeichnung der maßgebenden Gesichtspunkte, nach welchen die Auswahl der Ersatzpferde durch Experten stattzufinden habe, hätte erstrecken müssen.

4. Es hätte sich fragen können, ob der Beklagte nicht mit mehr Recht den Standpunkt hätte einnehmen können, er wäre für den Fall der Nichttauglichkeit der verkauften Pferde für den Gebrauch des Klägers einfach zur Lieferung von Ersatzpferden *an Stelle jener* verpflichtet, in der Meinung, daß dieselben schlechthin als Vertragserfüllung gelten sollen und also natürlich weder der eine noch der andere eine Tauschaufgabe zu leisten habe. Allein da er diesen Standpunkt weder principiell noch auch nur eventuell eingenommen hat, so darf der Richter auch nicht darauf abstellen, sondern er hat einfach dahin zu schließen, daß die Vereinbarung, wie sie geltend gemacht wurde, deren Zustandekommen vorausgesetzt, Gültigkeit nicht erlangt habe, also eine vom Gesetze abweichende, vertragliche Normirung der Nachwährschaftspflicht nicht vorliege und

somit die gesetzliche zur Anwendung kommen müsse, was zur Folge hat, daß der geltend gemachte Wandelungsanspruch gutgeheißen werden muß. Uebrigens hätte wohl auch einer solchen Vereinbarung, daß an Stelle der nicht als vertragsmäßig beschaffen erkannten Pferde andere geliefert werden müssen, der Einwand ungenügender Bestimmtheit opponirt werden können, wenn man berücksichtigt, daß es sich nicht um an und für sich vertretbare Sachen handelt und deßhalb die für die Auswahl der Ersatzpferde maßgebenden Gesichtspunkte wenigstens im Allgemeinen hätten bezeichnet werden sollen.

5. Sobald man übrigens davon ausgeht, — und das thut ja auch der Beklagte, — es habe der Kläger, als er den Brief vom 8. Dezember 1887 schrieb, etwas Vernünftiges gewollt und es sei nicht sein Wille gewesen, die Nachwährschaftspflicht des Beklagten gleichzeitig mit ihrer Anerkennung wieder rein illusorisch zu machen, wie das dann der Fall ist, wenn man aus dem Brief ein sogenanntes bedingtes Tauschrecht ohne vollständige Bezeichnung der Tauschobjekte und der Tauschbedingungen herauslist, so ist gewiß klar, daß er den gesetzlich vorgesehenen Inhalt seines Nachwährschaftsrechtes überhaupt nicht abändern, sondern mit den Worten: „daß Sie mich dann solche gegen andere umtauschen lassen“ nur die Geneigtheit aussprechen wollte, an Stelle des ersten ein zweites, ebenfalls die Lieferung von Pferden beschlagendes Rechtsgeschäft abzuschließen, *vorausgesetzt natürlich, dass man über die Bedingungen einig werde*, was er damals zu bezweifeln noch keine Veranlaßung hatte. Die Meinung war, wie Kläger schon in seinem ersten Briefe geltend machte, daß Beklagter die Pferde, falls sie sich als zu leicht erweisen sollten, unbedingt zurücknehme und, falls man sich über die Bedingungen einigen könne, Ersatzpferde liefere, andernfalls aber den empfangenen Kaufpreis zurückzahle. Möglich ist allerdings, daß der Beklagte den Brief anders aufgefaßt bezw. sofort an die Möglichkeit der heute geltend gemachten Interpretation gedacht hat, allein in beiden Fällen würde es an der Willensübereinstimmung mangeln und wäre *desshalb* der Standpunkt der vertraglichen Ausschließung des gesetzlichen Nachwährschaftsrechtes zu verwerfen. Wollte man aber endlich diese Auslegung des klägerischen Briefes nicht ohne Weiteres acceptiren, so hätte man dann sicherlich den Beweis dafür abnehmen sollen, daß der Beklagte wiederholt, nicht nur anläßlich der Kaufsunterhandlungen, sondern auch noch beim Ueberbringen der Pferde nach Glarus versichert hat, er nehme dieselben, falls sie sich als zu leicht erweisen, sofort anstandslos zurück *und restituire den Kaufpreis*, denn mit dieser Feststellung wäre doch wohl zur Evidenz dargethan gewesen, daß der klägerische Brief nur die ihm hier gegebene Meinung hatte und daß der Beklagte diese Meinung nicht nur erkannt, sondern ihr sogar Ausdruck gegeben hat, wenn auch vielleicht mit dem Hintergedanken, sobald eine Reklamation komme, den gegenwärtigen Standpunkt einzunehmen.

Provision für Heirathsvermittlung.

Ungültigkeit des Provisionsversprechens wegen Unsittlichkeit der Hauptleistung, für welche dasselbe gegeben worden ist (Art. 17 d. O.-R.).

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 8. Dezember 1888.

Eine Klage auf Bezahlung der für Vermittlung einer Heirath versprochenen Provision wurde mit folgender Begründung abgewiesen:

1. Die Vermittlung von Heirathen gegen Geldentschädigung ist zwar an und für sich nichts Unsittliches, wie dieß auch die Rekurskammer des Obergerichtes schon wiederholt ausgesprochen hat (siehe Rech.-B. des Obergerichtes pro 1883 p. 4 und Schweiz. Bl. für H. E. Bd. IV, S. 237), im Gegentheil entspricht dieselbe einem unverkennbaren Bedürfnisse des modernen Lebens, was am besten daraus erhellt, daß die Zahl der gewerbsmäßigen Ehevermittler und der durch sie vermittelten Ehen in beständigem Wachsthume begriffen ist. Allein ebenso unverkennbar birgt diese Art der Ehevermittlung di

Gefahr in sich, daß der Vermittler, welcher dabei in der Regel lediglich sein Geldinteresse verfolgt, sich verleiten läßt, auch solche Heirathen herbeizuführen, welche jeglicher moralischen Grundlage entbehren. Tritt dieser Fall ein, d. h. ist der Mangel der sittlichen Grundlage der Ehe nicht nur objektiv vorhanden, sondern auch dem Vermittler schon beim Beginn seiner Vermittlungsthätigkeit bekannt gewesen, so wird dadurch seine Handlung zu einer unsittlichen und ist daher das Geldversprechen, welches ihm als Gegenleistung dafür gemacht worden ist, gemäß Art. 17 des O.-R. rechtlich unverbindlich. Ein solcher Fall liegt hier vor und es ist deßhalb die Forderung des Klägers zu verwerfen.

2. Daß die Ehe des Beklagten mit der Frau X. der sittlichen Grundlage entbehrt, unterliegt keinem Zweifel; denn der etwa 32jährige, fallite, vermögens- und kreditlose Beklagte hat diese nach der Angabe des Klägers 57jährige Person, wie klar aus den Akten hervorgeht, einzig und allein des Geldes wegen geheirathet und zwar durchaus nicht etwa, um seine Gläubiger allmälig befriedigen zu können, denn er hatte nach Vollzug der Heirath nichts Eiligeres zu thun, als auf die Nutznießung des Weibergutes zu verzichten, damit ja nicht etwa die Gläubiger darauf greifen könnten.

3. Eine andere, etwas weniger einfache Frage ist die, ob der Kläger, als er dem Beklagten die Frau X. in Vorschlag brachte, die unsittliche Grundlage der vermittelten Ehe gekannt hat. Indeß muß eine genaue Prüfung der Akten dazu führen, auch dies zu bejahen.

4. Kläger trägt selbst vor, daß der Beklagte die Unterhandlungen mit ihm damit begonnen habe, daß er sagte, er brauche eine Frau mit Vermögen und zwar mindestens 10,000 Mark und wenn es 20,000 Mark oder noch mehr wären, sei es noch besser. In seinem ersten Briefe an den Kläger knüpft denn auch der Beklagte sein Versprechen einer Provision von 500 Mark an die Bedingung, daß die Frau, welche ihm jener verschaffen sollte, 10,000—20,000 Mark Vermögen besitze. Noch deutlicher spricht er sich darüber, daß gehörig Geld ihm die Hauptsache sei, in den spätern Briefen aus. Wenn er z. B. am 29. Oktober 1887 schreibt: „ich glaube die Brodmann wäre die beste, übrigens werden Sie das am besten wissen, da Sie ja die Verhältnisse besser kennen als ich", so kann das nur Bezug auf das zu verschaffende Vermögen haben. Die Brodmann besitzt das größte Vermögen und ist daher, — das ist der Gedankengang des Schreibers, — die beste der in Aussicht genommenen Partien. Im Briefe vom 23. November heißt es, er, Beklagter, könne sich nicht entschliessen, eine zu heirathen, die weniger als 10,000 Fr. Vermögen habe und Kläger werde gewiß eine für ihn finden, denn es habe ja in K. reiche Frauenzimmer genug. Auch die weitern Briefe zeigen, daß bei den verschiedenen Personen, welche dem Beklagten in Vorschlag gebracht wurden, immer das Vermögen die Hauptrolle spielt. Sodann ist es ganz unglaublich, daß Kläger die bedenklichen ökonomischen Verhältnisse des Beklagten und namentlich die Thatsache, daß derselbe kurz zuvor, nachdem er bereits im Kanton Zürich materiell insolvent geworden, in Zug auch vom formellen Konkurse ereilt worden war, nicht gekannt habe, denn er hat sich wohl ohne Zweifel über die Solvenz seines Auftraggebers erkundigt und war ja auch einmal persönlich bei ihm. Er scheint es auch ganz in der Ordnung befunden und möglicherweise sogar veranlaßt zu haben, daß eine der in Vorschlag gebrachten Frauenspersonen drei Tage lang beim Beklagten war, freilich ohne daß es diesem gelang, sie zur Heirat zu bewegen; denn sie ging, wie Kläger selbst vorträgt, unbefriedigt nach Hause und wollte vom Beklagten nichts mehr wissen. Als er so nach verschiedenen mißlungenen Versuchen, für den Beklagten eine reiche Frau zu finden, endlich die Frau X., welche nach seiner Ansicht 26,000 Mark Vermögen und eine Aussteuer im Werthe von 6000 Mark besaß, in Vorschlag brachte und die nähere Bekanntschaft vermittelte, war er jedenfalls darüber völlig im Klaren, daß der Beklagte einzig und allein möglichst viel Geld als Erforderniß seiner zukünftigen Gattin betrachte und alles Andere ihm Nebensache sei und er kann daher mit

Recht nicht behaupten, daß ihm die unsittliche Grundlage der vermittelten Ehe unbekannt gewesen sei.

Schenkung.

Der Beweis für eine solche kann nicht schon in der Anlage von Geldern auf den Namen des angeblich Beschenkten gefunden werden.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 1. Dezember 1888. Isler ca. Isler.

Am 14. Juli 1884 starb in einer Gemeinde des Bezirkes Pfäffikon die Frau Katharina Isler geb. Isler. Damals besaß ihr überlebender Ehemann, Hs. Jakob Isler, zwölf *auf ihren, der verstorbenen Ehefrau Namen* lautende Obligationen der Hypothekarbank in Winterthur. Am 30. Juli 1884 gab er von diesen 12 Obligationen eine (die No. 11,651) im Nominalbetrage von 2200 Fr. an die Erben seiner Frau (2 Geschwister derselben) heraus als Abfindung für das ihm von der letztern s. Z. zugebrachte Weibergut. Hs. Jakob Isler heirathete dann zum zweiten Mal, starb aber am 1. Juli 1887 mit Hinterlassung eines Sohnes zweiter Ehe als Intestaterbe. Von den 11 Obligationen, die ihm nach Aushingabe der zwölften an die Erben der ersten Frau übrigen geblieben waren, hatte Isler in der Zwischenzeit 8 convertirt und zwar zwei wieder auf den Namen der ersten Ehefrau und sechs auf seinen eigenen Namen. Jene 2 (die Nummern 5576 und 4704 im Gesammtbetrage von 1200 Fr,) waren unter Zuschlag von 200 Fr. in eine (die No. 11,837) im Betrage von 1400 Fr. umgewandelt worden und aus den sechs (den Nummern 5842, 6134, 6755, 8357, 7427 und 10,159 im Gesammtbetrage von 5200 Fr.) hatte es vier (die Nummern 12,548, 12,862, 13,663 und 14,217) im nämlichen Betrage gegeben. Die weitern 3 Obligationen (von 8 auf 11) waren unverändert geblieben. Es waren somit beim Tode des Hs. Jakob Isler vorhanden:

I. lautend auf den Namen der ersten Ehefrau:

No. 11,837	im Betrage von	1400 Fr.	
„ 9,093	„ „ „	800 „	
„ 10,594	„ „ „	1000 „	und
„ 10,642	„ „ „	500 „	
	Summa	3700 Fr.	

II. lautend auf den Namen des Erblassers Isler selbst:

Nro.		Fr.	
12,548	im Betrage v.	400	(früher 5842)
12,862	„ „ „	1800	„ 6134, 6755 und 8357)
13,663	„ „ „	2500	(früher 7427) und
14,217	„ „ „	500	(früher 10,159)
	Summa	5200 Fr.	

Nunmehr verlangten die Erben der ersten Frau des Erblassers (ihre 2 Geschwister) vom Sohne des letztern:

1. Aushingabe der 4 Obligationen Nro. 11,837, 9093, 10,594 und 10,642 im Gesammtbetrage von 3700 Fr., abzüglich 200 Fr., die Hs. Jakob Isler beim Erwerb der No. 11,837 aus eigenen Mitteln zugeschlagen hat, — und

2. Bezahlung von 5200 Fr. als Betrag der 6 Obligationen, welche beim Tode der ersten Frau ebenfalls auf ihren Namen lauteten, dann aber anläßlich ihrer Conversion der Zahl nach reduzirt und auf den Namen des Mannes gestellt worden sind.

Die Ansprecher machten geltend, es seien die Obligationen der Erblasserin Frau Katharina Isler von einer Frau Wittwe Isler-Brunner, einer reichen Verwandten *ihres Mannes*, die sich längere Zeit bei den Eheleuten Isler aufgehalten hat und angeblich im Jahre 1875 verstorben ist, als Anerkennung für empfangene Pflege geschenkt worden. Eventuell nahmen sie den Standpunkt ein, daß eine Schenkung von Seite *des Ehemannes* Isler an seine Frau vorliege, was ohne Weiters daraus geschlossen werden müsse, daß die Obligationen auf den Namen der letztern erworben worden seien.

Das Bezirksgericht glaubte den letztern Standpunkt der Klage mit Bezug auf diejenigen Obligationen acceptiren zu sollen, welche der Ehemann Isler auch nach dem Tode seiner Frau noch weiter auf ihren Namen stehen ließ oder auf denselben convertirte.

Die zweite Instanz wies die Klage gänzlich ab.

Gründe:

1. Die Streitfrage hängt davon ab, ob die Obligationen, deren Herausgabe beziehungsweise Werthvergütung verlangt wird, zum Nachlasse der Katharina Isler (gestorben am 14. Juli 1884) oder zu demjenigen ihres 3 Jahre später (1. Juli 1887) ebenfalls verstorbenen Ehemannes Hs. Jakob Isler gehören. Die Kläger behaupten das erstere und sind dafür hauptbeweispflichtig. Sie stützen die behauptete Zugehörigkeit der fraglichen Werthe zum Nachlasse ihrer Schwester zunächst auf das Vorbringen, daß ihr solche von der reichen Verwandten ihres Mannes, der Wittwe Isler-Brunner, aus Dankbarkeit für empfangene Pflege geschenkt worden seien. Eine solche Schenkung ist jedoch weder direkt noch indirekt nachgewiesen. Die Existenz einer Urkunde (Cession, Schenkung, Testament etc.) zu Gunsten der Erblasserin ist nicht behauptet worden; ebenso sind keine Personen als Zeugen angerufen worden, welche von einer solchen Schenkung etwas gesehen oder gehört haben. Die Erblasserin selbst hat sich hierüber gegen die Kläger nicht ausgesprochen. Der Umstand, daß Wittwe Isler-Brunner in der Lage war, zu schenken, daß sie von der Erblasserin gepflegt wurde und daß sie zur Zeit der Geldanlagen bei ihrem Vermögensverwalter in Basel Geldbezüge machte, begründet kaum eine Vermuthung, noch weniger eine Gewißheit dafür, daß die den streitigen Kapitalanlagen entsprechenden Summen der *Erblasserin* geschenkt worden sind. Die Kläger stellen sodann für ihre Ansprüche namentlich darauf ab, daß diese Titel vom Manne selbst auf den Namen der Frau angelegt, zum Theil auch nach deren Tod belassen worden sind und daß eine Obligation (No. 11,837) wieder auf ihren Namen convertirt wurde. Allein auch dieser Umstand läßt keinen begründeten Schluß darauf zu, daß jene Beträge seitens der Wittwe Isler-Brunner *der Erblasserin* geschenkt worden sind, dieß um so weniger als feststeht, daß Wittwe Isler-Brunner mit dem Ehemann und nicht mit der Ehefrau Isler verwandt war und daß dieselbe dem Ehemann wirklich Zuwendungen gemacht hat.

2. Der zweite Standpunkt der Klage ist der, es seien die betreffenden Titel der Erblasserin *von ihrem Manne* geschenkt worden. Den Beweis dafür will man in der Anlage der Titel *auf den Namen der Frau* finden, die erste Instanz sagt aber mit Recht, daß diese Thatsache allein jenen Schluß nicht rechtfertige. Denn es kommt im Leben häufig vor, daß Gelder auf den Namen von Frau und Kinder, ja von Dritten angeliehen werden, ohne daß damit diesen ein Geschenk gemacht wird. Es muß daran festgehalten werden, daß der Schenkungswille deutlich offenbart werde und daß er sich insbesondere in einem sofortigen Wirksamwerden der Vermögensveräußerung darstelle (Hand. Entschdg. VI S. 94). Es steht nun aber nicht fest, daß die fraglichen Anlagen der Frau Isler auch nur bekannt gewesen, geschweige denn, daß ihr die Titel übergeben worden seien. Es ist vielmehr durch das Zeugniß der Hypothekarbank und die eingelegten Obligationen festgestellt, daß Anlage, Zinsbezug, Quittirung für zurückbezahlte Obligationen und die Conversion stets durch den Ehemann erfolgten. Dafür, daß derselbe dießbezüglich nur als ehelicher Vormund und Nutznießer gehandelt habe, liegt weiter nichts vor, als die Anlegung der Titel auf den Namen der Frau. *Gegen* diese Annahme sprechen aber die Conversionen selbst (die größtentheils auf den Namen des Mannes stattgefunden haben), und die Thatsache, daß in der nach dem Tode der Frau *auf ihren Namen* convertirten Obligation No. 11,837 von 1400 Fr. nicht nur die zwei Obligationen No. 5576 u. 4704 mit zusammen 1200 Fr., sondern noch eine Baarzulage von 200 Fr. enthalten ist, sowie die Thatsache, daß Isler einen Monat nach dem Tode der Frau ihren Erben 2200 Fr. an einer Obligation auf deren Namen als vollständige Weibergutsausrichtung aushingab.

Der Grund, weßhalb der Ehemann Isler diese Anlagen machte, liegt ziemlich klar in seinen Familienverhältnissen begründet. Er lebte mit der Erblasserin in kinderloser, aber glücklicher Ehe; es war daher natürlich, daß er Mittel und Wege suchte, um dieselbe für

den Fall *seines frühern Todes* sicher zu stellen. Er glaubte nun, das auf die eingeschlagene Art am besten zu thun (Ullmer No. 230). Es ist gedenkbar, daß dieser Anlage eine Schenkungsabsicht zu Grunde lag und daß der Ehemann Isler in Aussicht nahm, alle oder einzelne dieser Titel seiner Ehefrau zu geben, um ihr das Fortkommen nach seinem Tode zu erleichtern. Das Motiv fiel jedoch weg, als die Frau vor ihm starb. In Folge dessen hat er denn auch je die gekündeten Obligationen nach dem Tode der Frau *auf seinen Namen* convertirt. Wäre eine vollzogene Schenkung wirklich vorhanden gewesen, so hätten diese Titel natürlich in den Nachlaß der Frau gehört und ihr Gegenwerth könnte von den Klägern mit Recht auch jetzt noch verlangt werden. Liegt aber eine Schenkung nicht vor, so kann auch aus dem Umstande, daß der Ehemann nach dem Tode der Erblasserin noch Titel auf deren Namen bestehen ließ, nicht der von der ersten Instanz gezogene Schluß gefolgert werden. Es ist die Behauptung, es seien einige dieser Obligationen nicht kündbar gewesen, nicht bestritten worden. In diesem Falle mußte der Ehemann eben die Kündigung abwarten, ehe er convertiren konnte. Wenn er eine derselben aber wieder auf denselben Namen convertirte, so folgt daraus nicht, daß er sie nicht als sein Vermögen betrachtete, denn sonst wäre dieselbe auf den Namen *der Erben* der Frau zu convertiren gewesen, was nicht geschah. Eine Schenkung zu Gunsten der Todten ist nicht möglich und eine solche zu Gunsten der Erben nicht erfolgt. Aus diesem Umstande aber einen Schluß auf eine früher vollzogene Schenkung zu ziehen, geht nicht an; mit demselben Rechte müßte man die Schenkung bezüglich aller auf den Namen der Erblasserin gestellten Obligationen annehmen.

3. Kann somit auch der Beweis für eine vollzogene Schenkung *des Ehemannes* der Erblasserin an letztere nicht als erbracht angesehen werden, so ist die Klage in vollem Umfange abzuweisen.

4. Zu dem nämlichen Ergebnisse muß man übrigens auch dann gelangen, wenn man das Klagefundament als gegeben betrachtet mit dem Nachweise der Kläger, daß die in Frage kommenden Obligationen auf den Namen der Ehefrau Isler lauten beziehungsweise gelautet haben, wozu man vielleicht durch die Betrachtung gelangen könnte, daß die betreffenden Urkunden bloße Beweismittel und keine, weder eigentliche, noch wie die Sparkassahefte, halbe Inhaberpapiere sind, also ihr Besitz für die Begründung der Gläubiger-Eigenschaft nicht erforderlich ist, sondern diese durch den bloßen Schuldvertrag gegeben wird und davon ausgehend die Ehefrau Isler, für welche mit der Hypothekarbank formell kontrahirt wurde, als Creditorin der Obligationen betrachtet werden müsse. In diesem Falle müßte nämlich natürlich den Beklagten der Beweis dafür offen gelassen werden, daß die Anlegung der fraglichen Beträge auf den Namen der Ehefrau auf Simulation beruhe und dieser Beweis, der unter den vorliegenden Umständen nur ein Wahrscheinlichkeitsbeweis sein kann, dürfte unbedenklich als geleistet betrachtet werden.

Ehrverletzung durch die Druckerpresse.

Zur Begriffsbestimmung des „Herausgebers“ und „Verlegers“ im Sinne von § 223 des zürcherischen Strafgesetzbuches.

Kassationsgericht Zürich, 3. Dezember 1888,
Krüger ca. Schmiedt.

Der bekannte A. von Ehrenberg verfaßte im Jahre 1887 eine Druckschrift, betitelt: „Ein Blick hinter die Coulissen eines Sensationsprozeßes von A. von Ehrenberg, Zürich, Selbstverlag des Verfassers, 1887.“ Gedruckt wurde die Schrift im Kanton St. Gallen. Diese Druckschrift ließ der Buchhändler Cäsar Schmiedt in Zürich *am 2. November 1887*, während vor der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes ein Prozeß zwischen dem Gymnasiallehrer Emil Krüger in Oberstraß und dem Redaktor Attenhofer, welche beiden Personen in der Schrift genannt sind, verhandelt wurde, vor dem Gerichtsgebäude verkaufen und unter Kreuzband an einzelne Richter vertheilen. Nach seiner Behauptung geschah der Verkauf *auf Rech*

nung Ehrenbergs, in dessen Auftrag er der St. Gallischen Buchdruckerei auch den Druck übertragen haben will. Verlag und Vertrieb will er ausdrücklich abgelehnt haben.“ Ebenso verkaufte Schmiedt die Druckschrift *im Juli und August 18*88, wenn auch, wie wenigstens er behauptet, nur an zwei oder drei Personen, welche die Schrift verlangt haben sollen. Da die Druckschrift Stellen enthält, in denen Emil Krüger einen Angriff auf seine Ehre erblicken zu können glaubte, so erhob er beim Bezirksgerichtspräsidenten *wegen der neuerlichen Verkäufe* derselben durch Cäsar Schmiedt Klage gegen denselben auf Ehrverletzung durch die Druckerpresse. Wegen der Verkäufe vom November 1887 war damals absichtlich keine Klage erhoben worden und jetzt konnte solche wegen Verjährung darauf nicht ausgedehnt werden. Gegen Schmiedt richtete Krüger die Klage deßhalb, weil sich der Verfasser der Druckschrift A. von Ehrenberg zur Zeit ihrer Einleitung außer dem Bereiche der dießseitigen richterlichen Gewalt befand. Der Bezirksgerichtspräsident verweigerte die Anhandnahme der Klage, weil Schmiedt blos Wiederverkäufer sei, ein solcher aber nach Zürchers Commentar zum Strafgesetzbuche, § 223 Nr. 7 nicht strafrechtlich belangt werden könne. Ein Rekurs gegen diese Verfügung wurde damit begründet, daß Schmiedt, der die Druckschrift allein unter das Publikum gebracht habe, als Herausgeber hafte, weil unter diesem der erste Verbreiter und Verkäufer zu verstehen sei, im Gegensatz zum Verleger, der nur das Recht zur Vervielfältigung habe. Verleger sei hier der Verfasser und da dieser flüchtig und die Schrift nicht im Kanton Zürich gedruckt worden sei, so könnte, wenn Schmiedt nicht als Herausgeber betrachtet würde, überhaupt Niemand belangt werden und müßte Kläger sich die straffreie Fortsetzung des Verkaufs der Schrift durch Schmiedt gefallen lassen. Der Rekurs wurde abgewiesen und in der Begründung gesagt: Es könnte in Frage kommen, ob Schmiedt als Verleger haftbar sei. Allein nach zürch. Strafrecht werde nur die *erste* Veröffentlichung durch den Urheber bestraft. Alle weitern Verbreitungshandlungen können nicht bestraft werden, und daraus folge nicht nur, daß der Gerichtsstand des begangenen Vergehens nur am Orte des ersten Erscheinens und nicht an jedem Orte, wo die Druckschrift verkauft und verbreitet werde, begründet sei, sondern auch, daß der Verleger wegen Fortsetzung der Verbreitung nicht mehr bestraft werden könne, nachdem der Geschädigte auf die Strafklage wegen der ersten Veröffentlichung verzichtet habe.

Diese Entscheidung griff Krüger mit der Nichtigkeitsbeschwerde an, indem er ausführte: Der Vorderrichter habe materielles Strafrecht verletzt, nämlich die Bestimmung des § 223 des St.-G.-B., wonach Schmiedt der haftbare Herausgeber sei, nicht der Verleger, als welchen Ehrenberg sich selbst bezeichnet habe; er, Krüger, habe auch nur gegen Schmiedt als Herausgeber geklagt und darin, daß der Vorderrichter auf die Frage, ob Schmiedt Herausgeber sei, nicht eingetreten sei, liege eine Rechtsverweigerung; ferner habe der Vorderrichter die Bestimmung des § 223 des St.-G.-B. dadurch verletzt, daß er darauf abstelle, nach zürcherischem Rechte werde nur die erste Veröffentlichung bestraft und wegen Fortsetzung der Veröffentlichung könne nicht geklagt werden, nachdem der Geschädigte auf die Klage wegen der ersten Veröffentlichung verzichtet habe; denn § 223 enthalte eine solche Bestimmung nicht; er begehre Entscheidung des Kassationsgerichtes über die Frage, ob nicht auch die nach einer Zwischenzeit von mehr als 6 Monaten fortgesetzte Verbreitung seitens des Herausgebers strafbar sei; nachdem Ehrenberg schon einige Wochen nach der ersten Veröffentlichung geflohen sei, habe er eine Klage unterlassen; nachdem aber Schmiedt nach mehr als 6 Monaten die Schmähschrift weiter verkauft habe, habe er nicht mehr den Verfasser und Verleger Ehrenberg, sondern nur noch den Herausgeber Schmiedt belangen können; er begehre Beantwortung der Frage, ob Schmiedt Herausgeber sei.

Die Nichtigkeitsbeschwerde wurde abgewiesen.

Gründe:

1. § 223 des Strafgesetzbuches enthält die, von den sonst geltenden strafrechtlichen

Grundsätzen abweichende Bestimmung, daß wenn der Verfasser einer Druckschrift durch Veranstaltung der Herausgabe und Verbreitung derselben ein Vergehen begangen hätte oder begangen hat, der Verfasser aber die Herausgabe und Verbreitung nicht gewollt oder zwar gewollt hat, aber nicht vor die Gerichte des Kantons Zürich gezogen werden kann, der Herausgeber, in Ermangelung dessen der Verleger und wenn auch dieser nicht vor den hießigen Gerichten belangt werden könne, der Drucker hafte. Der strafbare Wille, ein Vergehen durch die Druckerpresse, wie das Gesetz sich ausdrückt, d. h. durch Veranstaltung der Herausgabe und Verbreitung einer Druckschrift, zu verüben, muß also bei einer dieser Personen vorhanden gewesen sein, aber, wenn die Person, welche den strafbaren Willen gehabt hat, nicht vor hiesigen Gerichten belangt werden kann, haftet strafrechtlich nach der im Gesetz bezeichneten Reihe eine der übrigen benannten Personen, auch wenn ihr ein strafbarer Wille nicht nachgewiesen werden kann. Und, wie bei Beurtheilung von durch die Druckerpresse verübten Vergehen vom gemeinen Strafrechte abgewichen wird, so findet auch, zwar nicht bei allen durch die Druckerpresse verübten Vergehen, aber bei den am häufigsten vorkommenden, nämlich bei den durch die Presse begangenen Ehrverletzungen, gegen die strafrechtlich haftbare Person ein vom gewöhnlichen abweichendes Prozeßverfahren statt. So ist, wenn es sich um eine durch die Druckerpresse verübte Ehrverletzung handelt, die Klage vom Kläger nicht, wie bei anderen Ehrverletzungen beim Friedensrichter, sondern beim Bezirksgerichtspräsidenten oder bei der Anklagekammer des Obergerichtes anzubringen und sowohl der Kläger als der Beklagte ist berechtigt, Beurtheilung der Klage durch das Schwurgericht zu begehren, während sonst Ehrverletzungen der erstinstanzlichen Beurtheilung des Bezirksgerichtes unterliegen und das Bezirksgericht zur Verhängung der schwersten Strafe, die eine Ehrverletzung treffen kann, nämlich zur Verhängung von drei Jahren Arbeitshaus und 5000 Fr. Buße zuständig ist.

2. Eine Ehrverletzung durch die Druckerpresse mit ihren gemäß § 223 u. f. des Strafgesetzbuches und § 1013 u. f. des Rechtspflegegesetzes vom gemeinen Strafrechte und vom gemeinen Strafprozesse abweichenden Folgen kann also nur begangen werden entweder durch den Verfasser der Druckschrift oder durch den Herausgeber oder durch den Verleger oder durch den Drucker. Da Schmiedt unbestrittenermaßen die Druckschrift, wegen welcher Kläger klagt, weder verfaßt, noch gedruckt hat, so frägt es sich nur, ob er mit Recht als Herausgeber oder als Verleger belangt werde.

3. Das Gesetz gibt keine Erklärung dieser Ausdrücke; es frägt sich also, was nach anerkannten Rechts- und Verkehrsgrundsätzen unter denselben zu verstehen sei und nach diesen Grundsätzen ist Herausgeber einer schriftlichen Arbeit derjenige, welcher dafür sorgt, daß dieselbe veröffentlicht werde, Verleger derjenige, welcher die Exemplare der vervielfältigten Schrift für die Veröffentlichung vorräthig gemacht hat. Selbstverständlich kann dieselbe Person zugleich Herausgeber und Verleger sein.

4. Wenn also auch zur Vollendung des Vergehens der Ehrverletzung durch die Druckerpresse irgend ein Verkehr mit der Schrift, — irgend eine Verbreitung, — gehört, so gehört doch der Verkehr selbst, d. h. das zur Einsicht Stellen, die Ankündigung, Verschenkung, Ausleihung, der Verkauf der Exemplare, nicht zu den Merkmalen des Begriffs des Verfassers oder Herausgebers oder Verlegers oder Druckers. In weitaus den meisten Fällen wird dieser Verkehr vom Verleger besorgt, weil der Verleger gewöhnlich Buchhändler ist und wird daher die Klage gegen den Verleger gewöhnlich einen Buchhändler, also einen Verbreiter treffen. Aber wenn der verlegende Buchhändler die Exemplare der Schrift zur Einsicht versendet, verkauft, an Sortimentsbuchhändler abgibt u. s. w., so thut er dieß nicht als Verleger, sondern als Buchhändler, er treibt Handel mit dem Buche.

5. Nun klagt Krüger gegen Schmiedt deßhalb, weil er im Juli und August d. J. die Schrift verkauft hat. Mit diesem Verkaufen hat aber Schmiedt weder die Geschäfte eines Verlegers, wie der Vorderrichter andeutet,

noch die Geschäfte eines Herausgebers, wie Krüger behauptet, besorgt, also, da er unbestrittenermaßen auch nicht Verfasser oder Drucker ist, keine Ehrverletzung *durch die Druckerpresse* begangen; die Zulassung der beim Bezirksgerichtspräsidenten eingereichten Klage ist daher mit Recht verweigert worden.

6. Nach dem bisher Angeführten braucht nicht erörtert zu werden, ob Jemand, der durch Benutzung einer bereits vorhandenen Druckschrift, welche er weder verfaßt, noch herausgegeben, noch verlegt, noch gedruckt hat, also weil er kein Vergehen durch das Mittel der Druckerpresse verübt hat, nicht nach § 223 des St.-G.-B. belangt werden kann, in irgend einer Weise einen Angriff auf die Ehre eines andern unternimmt, nach den allgemeinen Bestimmungen der §§ 149, 151 und 152 des St.-G.-B. auf dem in § 1028 u. f. des Rechtspflegegesetzes vorgeschriebenen Wege belangt werden könne, wenn nachgewiesen wird, daß er in böser Absicht gehandelt d. h. eine Verläumdung oder Beschimpfung beabsichtigt habe.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. Februar 1889. VIII. Band. № 2.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Schweizerisches Bundesgericht.

2. November 1888.
Steinemann ca. Rothschild.

Liegenschaftenkauf.

Vorbehalt des kantonalen Rechts (Art. 231 des O.-R.) Tragweite desselben. Incompetenz des Bundesgerichtes.

Am 28. Juni 1887 verkaufte Johannes Steinemann im Rengg-Langnau seinen Gütergewerb um den Preis von 75,000 Fr. an Simon und Ludwig Rothschild in Geilingen. Im Kaufvertrag ist bestimmt:

1. Bei der notarialischen Fertigung müssen 25,000 Fr. ohne Zins bezahlt werden.
2. Für den Kaufrest von 50,000 Fr., aus welchem der Zins à 4 % erst mit Martini 1887 beginnt, verpflichtet sich Steinemann, die sich für einen solchen Betrag aus dem Weiterverkaufe der Liegenschaften nach den Bedingungen, wie solche von den Wiederverkäufern Rothschild festgesetzt werden, ergebenden Kaufschuldbriefe an Zahlungsstatt ohne Garantie anzunehmen.
3. „Der Verkäufer garantirt den Käufern aus einem Wiederverkauf fraglicher Realitäten für einen zu erzielenden Reingewinn von 6000 Fr. Ein Mehrgewinn als diese 6000 Fr. soll unter Käufer und Verkäufer zu drei Theilen vertheilt werden."
4. „Sollte der Reingewinn von 6000 nicht erzielt werden können, so sind die Käufer berechtigt, den Minderbetrag an der (vom Verkäufer) erlösten Summe in Abzug zu bringen oder denselben directe zur Vergütung bei dem Verkäufer Steinemann zu fordern."
5. „Verkäufer gestattet den Käufern, daß dieselben berechtigt sind, auch vor einer kanzleiischen Fertigung eine Liegenschaftsversteigerung abzuhalten. Der eigentliche Kaufsantritt findet jedoch erst mit der kanzleiischen Fertigung statt."
6. „Sollte bei einer Liegenschaftssteigerung der garantirte Reingewinn von 6000 Fr. aber nicht erzielt werden, so haben die Käufer Rothschild mit dem Verkäufer Steinemann vorerst über die Zusage an den Käufer um den ersteigerten Ganterlös zu unterhandeln, ob Steinemann gewillt sei, an denselben die Zusage erfolgen zu lassen. Immerhin bleibt Joh. Steinemann zum Ersatz des garantirten Reingewinnes pflichtig."

7. Nachtrag: „Sollte sich bei einem allfälligen Wiederverkaufe der vorbeschriebenen Realitäten erzeigen, daß sich nicht ein Reingewinn von 6000 Fr. zu Gunsten der Gebrüder Rothschild ergibt, so steht dem Verkäufer Steinemann das Recht zu, diese Realitäten wieder an sich zu ziehen und den garantirten Reingewinn von 6000 Fr. an die Gebrüder Rothschild zu entschädigen.

Ueber Sinn und Tragweite dieses Vertrages entstanden bald nach dessen Abschluß zwischen den Contrahenten Differenzen, durch welche die Käufer Rothschild sich veranlaßt sahen, klagend aufzutreten und zu beantragen, es sei der Beklagte Steinemann verhalten, den Vertrag zu halten. Der letztere wendete ein, es mangle an der Willensübereinstimmung der Kontrahenten über Kaufsobjekt und Kaufpreis resp. das Kaufsobjekt sei nicht gehörig bestimmt und kein bestimmter Kaufpreis festgesetzt; der Beklagte habe sich in einem wesentlichen Irrthum über die Tragweite der im Vertrage bestimmten Haftung für einen durch den Weiterverkauf vom Käufer zu erzielenden Reingewinn befunden; der Vertrag qualificire sich als wucherisches und unsittliches Geschäft etc.

Mit Urtheil vom 7. Juli 1888 hieß die Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes die Klage gut (siehe Bd. VII. S. 244 dieser Blätter). Gegen dieses Urteil erklärte der Beklagte Steinemann den Weiterzug ans Bundesgericht. Allein dieses erkannte: *Auf die Beschwerde wird wegen Incompetenz des Bundesgerichtes nicht eingetreten.*

Gründe:

Das Bundesgericht hat in seiner Entscheidung in Sachen Mikolajzack ca. Brunner vom 3. Dezember 1887 (Amtliche Sammlung XIII. S. 506) grundsätzlich ausgesprochen, daß auf Liegenschaftskäufe das eidgen. Obligationenrecht keine Anwendung finde, weder in seinen speziellen, den Kauf betreffenden, *noch in seinen allgemeinen Bestimmungen.* Da es sich nun im vorliegenden Rechtsstreite um die Gültigkeit eines Liegenschaftskaufes handelt, so ist das Bundesgericht nicht kompetent, weil nicht nach eidgenössischem, sondern nach kantonalem Rechte zu entscheiden ist. Der Vertreter des Rekurrenten hat zwar heute darzuthun versucht, daß der streitige Vertrag vom 28. Juni 1887 nicht oder doch nicht bloß ein Kaufvertrag über Liegenschaften sei; einerseits hat er angedeutet, der Vertrag sei eigentlich überhaupt kein Kauf, sondern ein entgeltliches Mandat oder ein Dienstvertrag, anderseits hat er behauptet, derselbe enthalte jedenfalls nicht nur einen Kauf, sondern auch einen „Garantievertrag" und in dieser Richtung jedenfalls sei das Bundesgericht kompetent. Allein diese Ausführungen sind unbegründet. Die ersterwähnte, vom Rekurrenten nicht näher begründete These steht sowohl mit dem vom Beklagten selbst vor den kantonalen Instanzen eingenommenen Standpunkt als mit dem Inhalte des Vertrages im Widerspruch. Nach diesem kann kein Zweifel darüber bestehen, daß wirklich ein Kauf (wenn auch zu dem Zwecke des Weiterverkaufs der Sache durch den Käufer) und nicht ein bloßes Mandat oder ein Dienstvertrag gewollt war. Der sogenannte „Garantievertrag" sodann d. h. die vom Verkäufer den Käufern versprochene Gewähr eines Reingewinnes von 6000 Fr. auf dem Weiterverkaufe ist offenbar kein selbständiger Vertrag, sondern lediglich eine Nebenbestimmung des Liegenschaftenkaufs; von einer selbständigen Aufhebung dieser Vertragsbestimmung könnte offenbar keine Rede sein und es ist dieß auch vom Beklagten gar nicht verlangt; vielmehr bestreitet letzterer, allerdings wesentlich mit Rücksicht auf diese Vertragsbestimmung, die Verbindlichkeit des *ganzen* Vertrages d. h. des Liegenschaftenkaufs.

Handelsgericht Zürich.

23. November 1888.

Handschin & Scheller ca. *J. C. Kuhl.*

Kauf.

Empfangbarkeit der Waare (Gewährleistung des Verkäufers). Vereinbarung, daß der Verkäufer die Waare für den Käufer von einem

gewissen Zeitpunkte an auf Freilager nehme. Beginn der Untersuchungs- und Rügepflicht in diesem Falle.

Absichtliche Täuschung bei der Kaufserfüllung im Sinne von Art. 247 des O.-R. Liegt eine solche schon dann vor, wenn der Verkäufer beim Genuskauf eine Waare versendet, deren vertragswidrige oder gesetzeswidrige Beschaffenheit er kennt?

Die Bestimmung: „lieferbar franco Gasfabrik Zürich“ beweist nicht, daß die Waare (Salmiakgeist) ein Produkt dieser Fabrik sein müsse.

J. C. Kuhl in Enge hat Anfangs 1888 in Außersihl eine kleine chemische Fabrik errichtet, um die Erfindung eines Mittels zur Vertilgung der Reblaus, der Blutlaus und des falschen Mehlthaus etc. auszubeuten. Zur Herstellung des sog. Azurins bedurfte er gewisser Quantitäten Salmiakgeist und schloß deßhalb am 18. Mai 1888 mit der Firma Handschin & Scheller in Zürich einen Lieferungskauf ab über 15,000 Kilo Salmiakgeist 21/22 ° à 42 Fr. per 100 Kilo, Flaschen frei, netto comptant, franco Gasfabrik Zürich, lieferbar in successiven Partien bis ca. Mitte Juni 1888.

Auf Grund dieses Vertrages gelangten zur Facturirung und Ablieferung:
Am 19. Mai 20 Flaschen Netto-
Kilo 1122,5 = 471 Fr. 45
Am 1. Juni 40 Flaschen Netto-
Kilo 2180,5 = 915 Fr. 80,
welche beiden Lieferungen von Kuhl am 28. Mai und 11. Juni ohne Vorbehalt bezahlt wurden.

Mittlerweile hat sich in der Fabrik des Käufers ein Unglücksfall ereignet, dem der Erfinder des Azurins und zugleich technischer Leiter der Fabrik, ein gewisser A. Müller, sowie ein Mitarbeiter zum Opfer fielen. Kuhl mußte deßhalb die Fabrik schliessen und er ersuchte aus diesem Grunde die Verkäufer um Annullirung der restirenden Lieferungen von ca. 10,000 Kilo. Diese stellten aber Bedingungen, die er nicht annehmen wollte und drängten dann auf Abnahme des Restquantums, worauf sich Kuhl mit Brief vom 13. Juni über das geringe Maß von Entgegenkommen beschwerte, darauf hinweisend, daß er das Restquantum mit großen Kosten so lange aufspeichern lassen müßte, bis seine Uebersiedlung in das noch zu suchende neue Lokal stattfinden könne.

Am gleichen 13. Juni erhielt Kuhl Factur über weitere 94 Flaschen Salmiakgeist Netto-Kilo 5488 à 42 Fr. = 2304 Fr. 95 mit einem Begleitschreiben folgenden Inhalts:

„Antwortlich Ihres Geehrten von heute, sind wir nicht abgeneigt, Ihnen möglichst entgegenzukommen und anerbieten uns, Ihnen die heute facturirte Parthie 1 à 2 Monate gratis auf Lager zu halten. Dagegen treffen 5000 Kilo am 15. ein, für welche wir in unserm Magazin absolut keinen Raum mehr übrig haben, sonst würden wir Ihnen auch diese gratis lagern.“

Da Handschin & Scheller die Erwiderung Kuhls vom 14. Juni: „Sie wollen diese Sendung laut gestriger Factur auf mein Lager bei der Nordostbahn thun lassen“, nicht ganz verständlich fanden, theilten sie ihm nochmals mit, daß sie die bereits facturirten 94 Flaschen noch für ihn frei auf Lager halten, während die auf dem Wege befindlichen 5000 Kilo an seine Adresse nach Stadt Zürich gelangen werden.

In der That langten am 15. Juni wieder 90 Flaschen Netto-Kilos 4833 im Facturawerthe von 2029 Fr. 85 bei Kuhl an, welcher sie in Empfang nahm und am 21. Juni bezahlte. Auf die Abnahme des Restes haben die Verkäufer in der Folge verzichtet.

Mit Brief vom 21. Juni erklärte Kuhl plötzlich, daß er die Rechnung betreffend der am 13. Juni facturirten 94 Flaschen, weil dieselben noch gar nicht zur Ablieferung gelangt seien, annullire, erhielt aber zur Antwort, daß das nicht angehe, weil die 94 Flaschen mit seiner Einwilligung auf Freilager gelegt worden seien, noch jetzt theils in den Lagerräumlichkeiten zu Altstetten, theils in der Gasfabrik intakt zur Verfügung stehen und auf ein bezügliches Begehren sofort expedirt worden wären. Kuhl scheint die Richtigkeit dieser Antwort eingesehen zu haben, denn am 25. Juni erwiderte er: „Zufolge Ihrer Mittheilung habe ich Sie für die Factur vom 13. Juni erkannt und werde ich

selbige in Kürze reguliren.“ Dieß geschah indessen nicht, vielmehr ergaben sich neue Anstände.

In der Faktur vom 13. Juni war bemerkt, daß von den 94 Flaschen 12 ab Gasfabrik Zürich in Kuhls Fabrik spedirt werden sollen und der Käufer hatte schon am 21. Juni einen Bezugschein erhalten, ohne indessen den Bezug zu bewerkstelligen. Am 19. Juli forderten ihn Handschin & Scheller auf, die 12 Flaschen zu beziehen, weil die Gasfabrik solche nicht mehr lagern könne und legten wieder einen Bezugsschein bei. Sie erhielten aber den letztern am 20. Juli zurück, weil es Sache der Verkäufer sei, die 12 Flaschen ins Lager des Käufers bei der Nordostbahn abzuliefern. Diese Anweisung wurde befolgt und dabei bemerkt: „Die noch auf unserm Lager befindlichen 82 Flaschen werden wir Ihnen bis Ende dieses Monates gratis lagern, müssen Sie aber dann ersuchen, darüber zu verfügen.“ Eine Mahnung vom 4. August zur Regulirung der Eactur vom 13. Juni wurde am 6. gl. Mts. mit dem Hinweis darauf beantwortet, daß Kuhl weder von der Bahn noch von der Gasfabrik Avis über die Einlagerung der Waare besitze. Am 13. August kam die Nachricht, die 82 Flaschen seien vom Depôt Altstetten ans Lagerhaus Zürich abgesandt worden, Kuhl antwortete aber gleichen Tags, er annullire nun die Factur endgültig, weil nach heutigen Informationen eine Ablieferung bei der Nordostbahn nicht stattgefunden habe. Die Verkäufer verblieben dabei, daß die Versendung stattgefunden habe und äußerten ihr Erstaunen über die Auffassung Kuhls unter Hinweis auf die Freilagervereinbarung.

Plötzlich trat nun die Sache in ein neues Stadium. Am 30. August meldete Kuhl, er habe von der letzten Sendung (facturirt am 13. Juni und auf sein Lager bei der Nordostbahn gelangt am 14. August) ein Muster ziehen und untersuchen lassen. Die Untersuchung ergebe, daß der Salmiakgeist statt wie verkauft und facturirt 21/22 ° Baumé nur 19/20 ° halte, weßhalb derselbe zur Verfügung gestellt und das gleiche bezüglich aller andern Lieferungen vorbehalten werde.

Diese Reklamation wurde zurückgewiesen und bezüglich des noch ausstehenden Facturabetrages von 2304 Fr. 95 Forderungsklage eingeleitet. Dem gegenüber stellte der Beklagte eine Widerklage. Er verlangte:

1. Verurtheilung der Kläger, ihm auf den Facturen vom 19. Mai und 1. Juni 1888 eine Minderwerthsvergütung von 5 Frk. per 100 Kilo Nettogewicht = 165 Fr. 15 nebst Zins zu leisten, weil der gelieferte Salmiakgeist nur knapp 20 ° Baumé halte, während er laut Vertrag 21/22 grädig sein sollte.

2. Verurtheilung der Kläger, den ihm mit Factur vom 13. Juni gelieferten Salmiakgeist zurückzunehmen, weil er den Kaufvertrag bezüglich dieser Lieferung wegen verspäteter Erfüllung mit Recht aufgehoben habe und eventuell wegen nicht vertragsgemäßer Beschaffenheit der Waare (zu geringe Grädigkeit derselben) aufzuheben befugt sei. Eventuell wird auch hier ein Preisminderungsanspruch von 5 Fr. per 100 Kilo oder im Ganzen von 274 Fr. 40 geltend gemacht.

3. Verurtheilung der Kläger, den ihm mit Factur von 15. Juni gelieferten Salmiakgeist zurückzunehmen und den Facturapreis zu vergüten, weil die Waare statt wie vertraglich vereinbart, *aus der Zürcher Gasfabrik*, von Müllhausen stamme und deßhalb einen Minderwerth von 20 Fr. per 100 Kilo habe. Eventuell wird hier wiederum unter dem Titel der Preisminderung ein Anspruch auf Bezahlung von 20 Fr. per 100 Kilo oder von 966 Fr. 60 im Ganzen geltend gemacht.

Der Antrag auf Gutheißung des Widerklagebegehrens 2 schließt von selbst auch denjenigen auf Abweisung der Hauptklage in sich.

Der Beklagte machte geltend, seine Qualitätsbemängelung und die daraus abgeleiteten Begehren seien deßhalb noch zu hören, weil die Kläger der Vorwurf absichtlicher Täuschung treffe (Art. 247 des O.-R.). Der von der Gasfabrik Zürich bezogene Salmiakgeist sei von ihnen als bloß 20 grädig gekauft und auch so facturirt worden. Trotzdem haben sie denselben ihm als 21/22 grädigen facturirt und geliefert, darauf speculirend, daß er als Nichtfachmann eine Prüfung unterlasse und die Waare stillschweigend genehmige. Daß ferner in der Lieferung von Müllhauser

Salmiakgeist statt Zürcher eine absichtliche Vertragsverletzung liege, bedürfe keiner besondern Begründung.

Die Klage wurde gutgeheissen, die Widerklage dagegen abgewiesen.

Gründe:

1. Bezüglich der beiden ersten Lieferungen vom 19. Mai und 1. Juni 1888 liegt ein widerklageweise geltend gemachter Preisminderungsanspruch des Beklagten vor, der auf die Behauptung gestützt wird, daß die Waare nur knapp 20° Baumé halte, während Salmiakgeist von 21/22° verkauft worden sei. Diesem Anspruch opponiren Kläger zunächst die Einrede der Verwirkung jeder Mängelrüge durch Unterlassung rechtzeitiger Geltendmachung derselben (Art. 246 des O.-R.), wogegen der Beklagte mit der Replik absichtlicher Täuschung des Käufers durch die Verkäufer antwortet (Art. 247 des O.-R.).

2. Angesichts der Thatsache, daß die erste Reklamation ab Seite des Beklagten erst 2 Monate nach der Ablieferung erfolgte, zu einer Zeit, da er einen Theil der Waare längst verbraucht hatte, stellt sich die Einrede verspäteter Mängelrüge zunächst als begründet dar, sie verliert aber ihre Wirksamkeit, wenn die Replik absichtlicher Täuschung als begründet anerkannt werden muß. Die Kläger haben zwar weiter geltend gemacht, es liege in der vorbehaltslosen Zahlung der beiden Lieferungen eine förmliche Gutheißung der Waare und ein Verzicht auf Nachwährschaft. Allein dem ist nicht so. Denn wenn der Beklagte den der Waare anhaftenden Mangel zur Zeit der Zahlung gar nicht gekannt hat, so kann er auch die Absicht nicht gehabt haben, auf dessen Geltendmachung zu verzichten.

3. Die absichtliche Täuschung der Kläger wird darin gefunden, daß sie 20grädigen Salmiakgeist als 21/22grädigen facturirt und geliefert haben. Wollte man nun von der allerdings schon vertretenen Ansicht ausgehen, daß ein civilrechtlicher Betrug schon dann vorliege, wenn der Verkäufer dem Käufer eine Waare liefert, von der er weiß, daß sie nicht vertrags- oder gesetzesgemäß beschaffen ist, so wäre, — die thatsächliche Begründetheit der Reklamation und die Kenntniß der Reklamationsthatsachen seitens der Kläger im Zeitpunkt der Erfüllung als richtig vorausgesetzt, — zu Ungunsten der letztern zu entscheiden. Allein im Gegensatz zu den in Busch's Archiv Bd. III. pag. 243 und Bd. XVIII pag. 465 abgedruckten Präjudizien ist in spätern Entscheidungen des deutschen Reichsoberhandelsgerichts und Reichsgerichts ausgesprochen, daß die bewußte Uebersendung vertragswidrig beschaffener Waare nicht immer einen Betrug involvire, so namentlich dann nicht, wenn der Verkäufer voraussetze, daß der Käufer bei der Untersuchung der Waare die Mängel erkennen, die Waare aber nichts destoweniger behalten werde. Dieser gute Glaube falle allerdings dann weg, wenn der Verkäufer das Bewußtsein haben müsse, die Mängel seien derart, daß die Waare für den Käufer unverwendbar und daher unannehmbar sei, denn in diesem Falle bleibe bloß die Annahme übrig, der Verkäufer habe darauf spekulirt, daß der Käufer die rechtzeitige Untersuchung und Mängelrüge versäumen werde (Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Bd. II pag. 191 und Entscheidungen des Reichsgerichtes Bd. I pag. 300). Wenn man diese Sätze auf den vorliegenden Fall anwendet, so wird gesagt werden müssen, daß, — vorausgesetzt, die Kläger haben selbst gewußt, daß eine gewisse Differenz in der Grädigkeit des gelieferten gegenüber dem versprochenen Salmiakgeist bestehe, — dieß zur Annahme einer absichtlichen Täuschung nicht genügt, so lange nicht hinzukommt, daß Jene das Bewußtsein gehabt haben, es sei der Salmiakgeist seines geringern Gradgehaltes wegen für den Beklagten unbrauchbar. Letzteres ist nun aber thatsächlich nicht der Fall. Denn der Beklagte hat ja zugegebenermaßen von den 2 Lieferungen vom 19. Mai und 1. Juni mindestens 20 Flaschen verbraucht, ohne behaupten zu können, daß sich dabei auch nur eine etwelchermaßen verminderte Tauglichkeit zur Azurinbereitung herausgestellt habe. Er spricht überhaupt nicht von der letztern, sondern nur davon, daß zwischen 19/20grädigem und 21/22grädigem Salmiakgeist im Handel eine Preisdifferenz von 5 Fr. per 100 Kilo bestehe. Die Annahme, daß Kläger davon

ausgegangen seien, es werde der geringere Gradgehalt dem Beklagten bei der Untersuchung nicht entgehen, er sich aber wegen Unerheblichkeit des Mangels darüber hinwegsetzen, ist somit keineswegs ausgeschlossen. Dafür, daß Kläger dahin gewirkt haben, daß der Beklagte die durch das Gesetz vorgeschriebene Prüfung unterlasse, wird lediglich angeführt, der Salmiakgeist sei in den Facturen ausdrücklich als 21/22grädiger bezeichnet. Allein hieraus darf gewiß nicht gefolgert werden, daß die Kläger dieß beigefügt haben in der Voraussetzung, der Beklagte werde sich hierauf verlassen und von einer Prüfung der Waare absehen. Wenn aber, wie ausgeführt, die erweisliche Kenntniß des Verkäufers, daß die gelieferte Waare nicht vertragsgemäß beschaffen ist, nicht genügt, um den Thatbestand einer absichtlichen Täuschung herzustellen, so ergibt sich von selbst, daß für den Beklagten mit Bezug auf die beiden Lieferungen vom 19. Mai u. 1. Juni die gesetzlichen Folgen der Unterlassung rechtzeitiger Untersuchung und Mängelrüge eintreten, wonach die Waare als genehmigt gilt und das auf Minderung des Kaufpreises gerichtete Widerklagebegehren zu verwerfen ist.

4. Bezüglich der Lieferung vom 13. Juni liegt die Kaufpreisklage der Kläger und der widerklageweise geltend gemachte Wandelungs- eventuell Minderungsanspruch des Beklagten vor. Die Hauptklage hängt vom Schicksal der Widerklage ab und ist deßhalb zunächst die letztere zu behandeln. Der Antrag des Beklagten auf Rückgängigmachung dieses Geschäftes wird aber auch noch aus dem weitern Gesichtspunkte abgeleitet, daß er auf Grund eines den Klägern zur Last fallenden Erfüllungsverzuges vom Vertrage zurücktreten könne. Sowohl dieser als der Nachwährschaftsstandpunkt sind aber unbegründet.

5. Es steht thatsächlich fest, daß die am 13. Juni facturirten 94 Flaschen in der Hauptsache erst am 14. August auf das Lager des Beklagten bei der Nordostbahn gelangten, nachdem zuvor 12 Elaschen aus der Gasfabrik Zürich dorthin beordert worden waren. Anderseits ist aber auch als hergestellt zu betrachten, daß das gleichzeitig mit der Facturirung von den Klägern für diese Parthie angebotene Freilager seitens des Beklagten acceptirt wurde. Freilich scheint aus der undeutlich geschriebenen und abgefaßten Korrespondenzkarte des Beklagten vom 14. Juni hervorzugehen, daß er ursprünglich hat Auftrag geben wollen, die 94 Flaschen in das Lagerhaus der Nordostbahn abzuliefern. Allein aus seinem Stillschweigen auf die nochmalige Mittheilung der Kläger, daß sie also die 94 Flaschen Salmiakgeist für ihn frei auf Lager halten, ist auf eine nachträgliche Zustimmung zu schliessen. Wenn er diese später mit Brief vom 21. Juni wieder in Zweifel zog, indem er dort erklärte, er kassire die Factur vom 13. Juni, weil die betreffende Parthie gar nicht zur Ablieferung gelangt sei, so ist dieß deßhalb ohne Bedeutung, weil er, als die Kläger, auf die Freilagervereinbarung hinweisend, die Anfechtung der Factur sofort zurückwiesen, seiner Bestreitung keine weitere Folge gab, sondern am 23. Juni die baldige Regulirung der Factur in Aussicht stellte, ohne gleichzeitig Ablieferung der Waare zu verlangen. Mit dem Zeitpunkte aber, da die Kläger dem Beklagten für die Lagerung der am 13. Juni facturirten Partie unentgeldlich Platz einräumten, begannen sie den Besitz für ihn auszuüben; damit war ein der Ablieferung gleichwerthiger Zustand geschaffen, sodaß von einem Erfüllungsverzug der Kläger als Verkäufer nicht mehr gesprochen werden konnte. Das Verhältniß der Kläger zum Beklagten war fortan dasjenige des Aufbewahrers zum Hinterleger. Aus dem Gesagten folgt auch, daß die Untersuchungs- und Rügepflicht für den Beklagten begann mit dem Momente der Einräumung des Freilagers und daß also die erst am 30. August erfolgte Bemängelung dieser Partie verspätet ist. Der Beklagte könnte mit derselben nur noch gehört werden unter der Voraussetzung, daß eine absichtliche Täuschung vorläge, was indessen aus den oben in Erwägung 3 entwickelten Gründen zu verneinen ist.

6. Bezüglich des behaupteten Erfüllungsverzuges muß auch noch gesagt werden, daß der Beklagte gar nie ernstliche Schritte that, um in den Besitz der am 13. Juni facturirten Waarenpartie zu gelangen. Seine Briefe

vom 20. Juli und 6. August, auf welche er sich dafür beruft, daß er die Kläger zur Ablieferung aufgefordert habe, beweisen dießfalls nichts. Was die in der Gasfabrik gelagerten 12 Flaschen betrifft, so geht aus den Akten auch nicht hervor, daß die Kläger der Ordre vom 20. Juli zur Ablieferung auf das Lager des Beklagten bei der Nordostbahn nicht sofort Folge gegeben haben. Im Briefe vom 6. August ist auch nicht eine direkte Aufforderung zur Lieferung enthalten, der Beklagte sagt dort weiter nichts, als daß er die Factur vom 13. Juni noch nicht regulirt habe, weil er weder von Seite der Nordostbahn noch der Gasfabrik Anzeige von der Einlagerung erhalten habe. Das Entscheidende aber ist, daß den Klägern nie Frist zur Ablieferung angesetzt wurde mit der Bedrohung, daß nach Ablauf derselben der Vertrag aufgelöst sei, während dieß nach Art. 122 des O.-R. doch nothwendiges Erforderniß für den einseitigen Rücktritt des Beklagten gewesen wäre. Wenn man nämlich von der Freilager-Vereinbarung und ihren oben entwickelten rechtlichen Consequenzen ganz absehen wollte, so würde sich aus den geschilderten Thatumständen jedenfalls so viel ergeben, daß an dem ursprünglich auf den 15. Juni begrenzten Lieferungstermin mit Bezug auf die am 13. Juni facturirten 94 Flaschen beidseitig nicht mehr festgehalten werden wollte, sondern daß die Kläger, um dem Beklagten entgegenzukommen, sich bereit erklärten, 1—2 Monate später zu liefern, was der Beklagte acceptirte. Mit dem Preisgeben des bestimmten Lieferungstermins hörte aber der Charakter des Kaufgeschäftes als Fixgeschäft und damit die in Art. 234 des O.-R. für den kaufmännischen Verkehr aufgestellte Vermuthung für das Rücktrittsrecht des Käufers auf.

Hält somit einerseits der Standpunkt des Rücktrittsrechtes aus dem Titel des Erfüllungsverzuges nicht Stich und ist anderseits die Mängelrüge als verwirkt zu betrachten, so folgt daraus von selbst die Gutheißung der Hauptklage und die Verwerfung der hier gestellten Widerklagebegehren.

7. Die Lieferung vom 15. Juni endlich ist wieder Gegenstand eines Wandelungs- eventuell Minderungsanspruches des Beklagten. Hier wird indessen die Nachwährschaftspflicht der Kläger nicht aus zu geringer Grädigkeit der Waare, sondern daraus abgeleitet, daß dieselbe Müllhauser statt Zürcher Provenienz ist, und als solche weniger geeignet zur Azurinbereitung. Beide Thatsachen sind jedoch unerheblich, die erstere deßwegen, weil bestritten und nicht nachgewiesen ist, daß speziell Produkt der Gasfabrik Zürich verkauft wurde und die letztere wegen verspäteter Mängelrüge. Die Stipulation, daß Salmiakgeist aus der zürcherischen Gasfabrik geliefert werden müsse, soll aus den Worten des Kaufvertrages: „Lieferung franco Gasfabrik Zürich“ folgen, dem ist aber nicht so. Denn diese Bestimmung bezieht sich offenbar gar nicht auf die Art und Qualität des zu liefernden Salmiakgeistes, sondern sie regulirt lediglich die Frage der Tragung der Transportkosten. Die Worte: „franco Gasfabrik Zürich“ besagen, der Käufer habe für nichts weiter aufzukommen als für die Frachtspesen von der Gasfabrik Zürich weg bis in sein Etablissement. Wenn nun auch anzunehmen ist, es sei diese Art gewählt worden mit Rücksicht darauf, daß die Gasfabrik einer der hauptsächlichsten Lieferanten der Kläger war, so läßt dieß umgekehrt nicht auch den Schluß zu, daß letztere sich haben verpflichten wollen, unter allen Umständen Salmiakgeist aus der Zürcher Gasfabrik und auch nicht eine einzige Flasche anderer Provenienz zu liefern. Die behauptete absichtliche Täuschung durch die Kläger sodann trifft auch hier nicht zu. Ihr Wissen, daß der Müllhauser Salmiakgeist sich zur Azurinbereitung weniger eigne, wäre nur dann von Bedeutung, wenn sie den Beklagten in irgend welcher Weise veranlaßt hätten, die Prüfung der Waare zu unterlassen oder wenn sie die Sache so eingerichtet hätten, daß bei der Untersuchung die anderweitige Herkunft der Waare nicht sofort erkennbar gewesen wäre, aber weder das eine, noch das andere ist der Fall. In dieser Beziehung ist hervorzuheben, daß während die Facturen vom 19. Mai und 1. Juni das Zeichen des Zürcher Gasfabrikates „G. Z.“ enthalten, dieser die Herkunft des Produktes andeutende Zusatz in der

Factur vom 15. Juni weggelassen ist. Auch die Flaschen dieser letztern Lieferung tragen das Zeichen „G. Z.“ nicht, während diejenigen der frühern Lieferungen, wie der Beklagte selbst vortragen läßt, in Originalverpackung der Gasfabrik an ihn abgingen. Schon hieraus ergibt sich, daß die Kläger nichts thaten, um den Beklagten über die Herkunft des Salmiakgeistes zu täuschen und daß sie voraussetzen durften, es werde ihm, wenn er wirklich so viel Gewicht auf die Provenienz lege, der Mangel des Fabrikzeichens in der Factur und auf den Ballen sofort auffallen. Der Beklagte darf demnach die Schuld an der Unterlassung rechtzeitiger Untersuchung nicht auf die Kläger abwälzen, sondern muß die vom Gesetz an diese, seine Versäumniß geknüpften Folgen an sich selbst tragen. Sein Nachwährschaftsanspruch muß demnach auch bezüglich dieser Partie verworfen werden.

Constitutum possesorium.

Sicherstellung eines Darlehens. Art. 202 des O.-R.

Kritische Bemerkungen zu einem Urtheil des Obergerichtes des Kantons Thurgau von einem Einsender.

In dem kürzlich erschienenen ersten Hefte des siebenten Bandes der „Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundescivilrechtes“ ist unter No. 16 (Seite 26 u. f.) ein Urtheil des Obergerichtes des Kantons Thurgau vom 8. November 1888 mitgetheilt und zwar auffallenderweise ohne Bemerkungen von Seite der Redaktion, sodaß es den Anschein haben könnte, die Redaktion sei mit der Begründung des Urtheils einverstanden, während diese Begründung Sätze enthält, deren Richtigkeit höchst zweifelhaft ist. Diese Sätze lauten nämlich, vorausgesetzt, daß die Wiedergabe des Urtheils genau ist:

„A hatte die Absicht, sich für das Darlehen, welches er dem Sch. machen wollte, zu sichern, und da die Pfandbestellung nur in der Form des Faustpfandes gültig ist, ein solches aber unthunlich war, hat er ein constitutum possessorium nach Art. 202 des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht abgeschlossen. Die auf eine solche Weise bewerkstelligte Sicherung für ein gemachtes Darlehen ist gesetzlich zuläßig. Die Sicherstellung des Darleihenden ist nicht unzuläßig, sie muß nur in der gesetzlich zuläßigen Form erfolgen. Aehnlich wie bei der Zulaßung des Eigenthumsvorbehaltes besteht ein logischer Widerspruch in der Bundesgesetzgebung in Bezug auf die Verpfändung von Mobilien: Das Princip, daß die Verpfändung von Mobilien nur in der Form des Faustpfandes gültig sei, wird durchbrochen dadurch, daß das constitutum possessorium zuläßig erklärt wird. Allein dieser Wiederspruch hat eben Gesetzeskraft erlangt.“

Zur Entstehung des Faustpfandrechtes an einer beweglichen Sache gehört nicht nur nach dem schweizerischen Obligationenrechte (Art. 210 und 219), sondern nach überall geltendem Rechtsgrundsatze, daß der Besteller des Pfandrechts nicht als Stellvertreter des Pfandgläubigers die Sache in Gewahrsam behalten (detiniren) kann. Nach Art. 210 des Obligationenrechts ist aber Bestellung von Faustpfandrecht (oder wenn es sich um Verpfändung von Vieh handelt, Eintragung in ein öffentliches Buch) die einzige Art, wie überhaupt Pfandrecht an einer beweglichen Sache bestellt werden kann und es wird nun, wie in der Begründung des erwähnten Urtheils des thurgauischen Obergerichtes angenommen wird, durch die Bestimmung des Art. 202, — durch die Zulaßung des Constitutum possessorium, — eine mit einem Pfandrechte gleichbedeutende Sicherstellung des Gläubigers gestattet und damit die in Art. 210 enthaltene Vorschrift unwirksam gemacht.

Die aus den gemeinrechtlichen Regeln der Stellvertretung beim Besitze folgende Zuläßigkeit des sogenannten constitutum possessorium, — eines Rechtsgeschäftes, welches zur Folge hat, daß derjenige Contrahent, der eine Sache bisher in eigenem Namen besessen hat, den Besitz auf den andern Contrahenten überträgt und die Sache lediglich in Gewahrsam (Detention) behält, — einerseits und

die Betimmung anderseits, daß Pfandrecht an einer beweglichen Sache nicht durch bloßen formlosen Vertrag, sondern nur entweder durch Uebergabe der Sache in den Gewahrsam des Gläubigers oder einer dritten Person als dessen Stellvertreter, also durch Faustpfand oder durch Eintragung in ein öffentliches Buch (welch letztere Verpfändungsart im schweiz. Obligationenrecht auf Verpfändung von Vieh beschränkt ist) bestellt werden kann, haben schon vor Einführung des Obligationenrechtes in manchen Gesetzgebungen friedlich neben einander Platz gefunden; des vom thurgauischen Obergerichte gerügten angeblichen Verstoßes gegen die Logik haben sich also schon viele Gesetzgeber schuldig gemacht.

Der behauptete Widerspruch ist aber nicht vorhanden. Denn auch das schweizerische Obligationenrecht enthält in Art. 16 den allgemein anerkannten Rechtssatz, daß bei Beurtheilung von Verträgen sowohl nach Form als nach Inhalt es nicht darauf ankomme, was die Parteien aus Irrthum oder zum Schein (mit Simulation) als ihre Willensmeinung erklärt, sondern darauf, was sie wirklich gewollt haben. Aus dieser Bestimmung folgt, daß, wenn die Parteien nur nach dem Wortlaute des von ihnen geschlossenen Vertrages, nicht nach ihrer wirklichen Uebereinkunft, ein constitutum possessorium eingegangen sind, dasselbe vom Richter gegen den Einspruch eines der Contrahenten oder eines an Stelle desselben zum Einspruch berechtigten Gläubigers nicht geschützt werden kann, auch abgesehen von dem im zweiten Absatz von Art. 202 ausdrücklich hervorgehobenen Falle, daß die Contrahenten eine Benachteiligung Dritter beabsichtigt haben.

Der von dem besprochenen Urtheile erledigte Fall ist derjenige, in welchem am häufigsten die Gerichte über die Gültigkeit eines constitutum possessorium zu entscheiden haben und bisher, — nämlich wo das Gesetz, nach welchem sie zu urtheilen haben, eine Pfandbestellung durch bloßen formlosen Vertrag ausschließt, — regelmäßig zur Ungültigkeitserklärung gelangt sind, nämlich der Fall, wo der Schuldner lediglich in der Absicht, einem Darlehensgläubiger Sicherheit zu bestellen, die ihm gehörenden, beweglichen Sachen an den Gläubiger verkauft aber behält und scheinbar vom Gläubiger zur Miethe nimmt. Dieser Vertrag ist, mit Ausnahme der darin liegenden, lediglich persönlichen Verpflichtung des Schuldners, die Sachen nöthigenfalls zur Befriedigung des Gläubigers hinzugeben, ungültig, weil die Parteien einen Eigenthumsübergang nicht gewollt haben und das, was sie gewollt haben, nämlich eine Pfandbestellung, nicht in der nach dem Gesetze allein zuläßigen Weise bewerkstelligt worden ist und dabei kommt es unsers Erachtens gemäß der allgemeinen Bestimmung des Art. 16 nicht darauf an, ob die Contrahenten die in Art. 202 ausdrücklich hervorgehobene Absicht gehabt haben, einen Dritten zu benachteiligen d. h. einer Pfändung zuvorzukommen oder in dem bevorstehenden Konkurse des Schuldners die übrigen Gläubiger zu schädigen oder ob sie lediglich beabsichtigt haben, den Schuldner im Besitze seiner Sachen zu lassen und die Eintragung in ein öffentliches Buch, — wenn dadurch ein Pfandrecht bestellt werden kann, — zu vermeiden. Nach unserer Ansicht können also, wenn ein solcher Kauf- und Miethvertrag nur zum Schein abgeschlossen worden ist und der angebliche Verkäufer und Miether in Konkurs geräth, die Konkursgläubiger die Eigenthumsansprache des angeblichen Käufers und Vermiethers auch ohne den Nachweis bestreiten, daß sie durch das Geschäft benachtheiligt worden seien und es hilft, entgegen der Ansicht des thurgauischen Obergerichts, — dem angeblichen Käufer und Vermiether der Nachweis nichts, daß, wenn er, statt dieses Geschäft mit seinem Darlehensschuldner abzuschließen, sich auf eine Weise, die nicht anfechtbar gewesen wäre, hätte Deckung verschaffen können, auch im Falle dieser unanfechtbaren Deckung die andern Gläubiger nichts erhalten hätten. Ferner kann ein solches Scheingeschäft nicht nur von einem Dritten, sondern vom Schuldner selbst als ungültig angefochten werden, wenn er seinen Gläubiger befriedigen will, dieser aber nun arglistiger Weise das Geschäft geltend macht, z. B. die angebliche Miethe kündigt, um statt Zahlung die angeblich von ihm gekauf-

ten und wieder vermiotheten Sachen zu erwerben.

Selbstverständlich kann das einem constitutum possessorium zu Grunde liegende Rechtsgeschäft ernstlich gemeint gewesen sein, auch wenn der ursprüngliche Beweggrund die beabsichtigte Deckung einer Schuld war, z. B. wenn der Schuldner eines Darlehens aus irgend einem Grunde seinen Hausrath nach Ablauf einer gewissen Zeit nicht mehr braucht und daher denselben sofort an den Gläubiger verkauft und lediglich bis Ablauf dieser Zeit zur Miethe nimmt. Aber dann ist eben der Gläubiger wirklich Eigenthümer der gekauften Sachen geworden und von einem Widerspruch zwischen Art. 202 und 210 des O.-R. von vornherein keine Rede.

Das besprochene Urtheil findet sodann im Obligationenrechte einen zweiten Widerspruch mit Art. 210 „in der Zulassung des Eigenthumsvorbehaltes“. Allein es wird in dem Urtheile oder wenigstens in dem mitgetheilten Auszuge aus demselben nicht gesagt, welches die Bestimmungen seien, die diesen Widerspruch enthalten sollen und wir konnten solche nicht auffinden. Wir sind daher außer Stande, diesen angeblichen zweiten Wiederspruch in Erörterung zu ziehen.

Anmerkung: Bezüglich des angeblichen Widerspruches, der zwischen der Zulaßung des Eigenthumsvorbehaltes und dem Art. 210 des O.-R. bestehen soll, ist zu verweisen auf die Entscheidung des zürcherischen Obergerichtes vom 4. Oktober 1887, abgedruckt in Band VI. der „Revue“ S. 23. No. 15, Erwägung 2 und ein Urtheil des Bundesgerichtes, abgedruckt am gleichen Orte auf S. 97 No. 66. Hier wird der Widerspruch in Abrede gestellt und mit Recht. Denn eine Sicherstellung durch Eigenthumsvorbehalt ist nun einmal keine Sicherstellung durch Pfandrecht. Ob der Gesetzgeber gut daran gethan hat, den Eigenthumsvorbehalt *nicht* zu verbieten, ist eine andere Frage, mit der sich aber der Richter nicht zu beschäftigen hat.

Ein Schenkungsversprechen zu Gunsten Dritter.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 11. Dezember 1888.

Ein Ehemann setzte seiner Frau, II. Ehe durch ein eigenhändiges Testament ein Legat von 3000 Fr. aus. Nachher (am 17. Juni 1877) schlossen die Eheleute unter Mitwirkung des Stadtnotars von Winterthur (Denzler) einen wechselseitigen Erbvertrag ab, in welchem sie gegenseitig auf ihr Erbrecht am Nachlaß des zuerst Sterbenden verzichten. Beigefügt ist indessen: „Von dieser Verzichtleistung bleibt einzig und allein ausgenommen das vom Manne der Frau durch eigenhändiges Testament vermachte Legat von 3000 Fr.“ Ein Jahr später, am 5. März 1878 errichtete der Mann folgende Urkunde und übergab sie seiner Frau:

„Ich Endsunterzeichneter verpflichte mich hiemit, *den Erben* meiner lieben Frau, *im Falle sie das Zeitliche mit dem Ewigen vor mir wechseln müssle*, für den treuen und sorgfältigen Haushalt, den sie während 17. Jahren bei mir besorgte, als eine sehr bescheidene Entschädigung zu bezahlen die Summe von 1000 Fr. Sollte ich aber vor ihr sterben, so bleibt es bei der schon durch Landschreiber Denzler in Winterthur angefertigten Uebereinkunft. Im letztern Falle ist diese Verpflichtung aufgehoben.“ Am 3. August 1878 verstarb die Ehefrau mit Hinterlassung von Nachkommen ihrer vorverstorbenen Kinder I. Ehe (Enkeln der Erblasserin) als gesetzlichen Erben. Die Präsumtiverben des überlebenden Ehemannes waren eine Tochter und ein Enkel, ebenfalls Nachkommen aus seiner ersten Ehe. Am 24. Febr. 1882 schloß die Tochter unter Mitwirkung des Vaters bezüglich des dereinstigen Nachlasses desselben mit dem Neffen einen Erbauskaufvertrag ab, durch welchen sie die erbanwartschaftlichen Ansprüche des letztern erwarb. Dieser Vertrag enthält einen Vermögensstatus, in welchem auch die 1000 Fr., die der Vater durch den Schein vom 5. März 1878 an die Erben seiner Frau zu zahlen versprach, unter den Passiven figuriren.

Am 5. Mai 1887 starb auch der Ehemann und nun erst traten die Erben der vorverstorbenen Frau (ihre Nachkommen I. Ehe) mit dem Begehren auf, daß die Erbin des Mannes, seine Tochter I. Ehe, ihnen die 1000 Fr. laut dem Schein vom 5. März 1878 bezahle. Man konnte sich nicht einigen und es kam zum Prozeß. In diesem nahm die Beklagte wesentlich den Standpunkt ein. Die Verpflichtung ihres Vaters vom 5. März 1878, aus welcher geklagt werde, sei eine letztwillige Verordnung, Testament, enthaltend ein Vermächtniß. Als solche könne dieselbe aber aus dem doppelten Grunde keinen Anspruch auf Gültigkeit erheben, weil die für letztwillige Verfügungen vorgeschriebenen Formen nicht beachtet worden seien und weil die Zuwendung inhaltlich eine Aufhebung des Erbvertrages bezw. Erbverzichtes in sich schließe, was wiederum die Beobachtung einer besondern Form erfordert hätte. Der Sinn des Erbvertrages sei der, daß die Frau im Falle ihres frühern Todes gar nichts erhalte, also auch das Legat von 3000 Fr. nicht. Der Schein vom 5. März 1878 aber bestimme, daß an Stelle dieses Legates ein solches von 1000 Fr. zu Gunsten der Erben der Frau treten solle. Nur daraus, daß auch die Kläger der Ansicht gewesen seien, es handle sich um eine letztwillige Verordnung, erkläre sich die Thatsache, daß sie erst jetzt, nach dem Tode des Verfügenden klagend auftreten; ihn selbst nie belangt haben, sondern erst jetzt die Beklagte, seine Erbin, belangen.

Die Klage wurde gutgeheissen.

Gründe:

1. Der Erbvertrag vom 17. Juni 1877 hat den Charakter eines wechselseitigen Erbverzichts. Die Wirkung solcher Verzichte ist nun aber zunächst nur eine negative, indem sie den Anfall der Erbschaft an den verzichtenden Erben hindert; mittelbar possitiv wirken sie nur, indem sie die übrigen Erben von der Konkurrenz des Verzichtenden befreien. Die Erben erhalten, wenn sie, wie dieß hier der Fall ist, bei dem Erbverzichte nicht mitwirken, kein vertragsmäßiges Recht auf den Erbverzicht; sie können daher den Erblasser nicht hindern, den verzichtenden Erben neuerdings zu bedenken, (§ 2131 des P.-R.-G. u. Bluntschlis Commentar zu demselben, Note 2) und somit auch ein Testament, welches in formell gültiger Weise errichtet worden ist und ihren Pflichttheil nicht verletzt, nicht anfechten. Eine solche letztwillige Verfügung stellt sich nicht als eine Abänderung des Erbverzichtes dar, sondern ist ein selbständiges, neues, einseitiges Rechtsgeschäft. Daraus folgt, daß es unrichtig ist, wenn die Beklagte die Gültigkeit der Verpflichtung ihres Vaters vom 5. März 1878, deßwegen in Abrede gestellt hat, weil dieselbe nicht in den Formen eingegangen worden sei, welche für die Aufhebung eines Erbvertrages vorgesehen sind und weil es Angesichts des Erbverzichtes nicht zuläßig gewesen sei, die Verzichtende anderweitig zu bedenken. Der letztere Grund ist auch deßwegen hinfällig, weil überhaupt gar keine Verfügung auf den Todesfall vorliegt und diese Feststellung zeigt im Fernern die Unbegründetheit des weitern Argumentes, daß die für letztwillige Zuwendungen vorgeschriebenen Formen hätten beobachtet werden sollen. Der Verpflichtungsschein des Erblassers Frei ist eine ganz gewöhnliche, bedingte Schuldverpflichtung zu Gunsten der Erben seiner Frau. Frei setzt die letztern weder in seine Verlassenschaft zu Erben ein, (ganz oder theilweise) noch setzt er ihnen ein Vermächtniß aus, sondern verpflichtet sich *persönlich*, an sie 1000 Fr. zu bezahlen für den Fall, als die Frau vor ihm sterben sollte. Die Bedingung ist eingetreten und somit das Schuldversprechen rechtlich wirksam geworden. Die Annahme desselben geschah durch die Frau Frei zu Gunsten ihrer Erben. Der Schuldvertrag wurde geschlossen zwischen Mann und Frau, aber zu Gunsten Dritter, nämlich der Erben der letztern. Der Fall gleicht demjenigen einer Lebensversicherung, wo der Versicherer einer bestimmten Person verspricht, auf den Fall ihres Todes einem Dritten, sei es nun sein Erbe oder ein Anderer eine gewisse Summe zu bezahlen. Es ist nicht zu leugnen, daß sich die Uebernahme der Verpflichtung als ein Liberalitätsakt darstellt, derselben die Schenkungsabsicht zu

Grunde liegt und somit ein Schenkungsversprechen im Sinne von § 1090 unseres P.-G.-B. vorliegt, denn die schenkungsweise Eingehung einer Schuldverpflichtung ist eben ein Schenkungsversprechen im Sinne unseres Gesetzes, worunter man sich aber nicht einen Gegensatz zur vollzogenen Schenkung, sondern gerade eine solche, deren Gegenstand aber in einer Schuldbegründung (in einem obligare) besteht, vorstellen muß. Dieses in schriftlicher Form gegebene Schenkungsversprechen ist indessen unzweifelhaft gültig und klagbar, denn es ist durchans nicht ein solches auf den Todesfall, das zu seiner Gültigkeit der Vermächtnißform bedurft hätte. Ein Schenkungsversprechen auf den Todesfall liegt nur dann vor, wenn die schenkungsweise Eingehung der Schuldverpflichtung an die Bedingung geknüpft wird, daß der Beschenkte den Schenkgeber überlebe, der letztere also zuerst sterbe und somit die Wirkung die ist, daß in Wirklichkeit nicht er, sondern erst sein Nachlaß zu erfüllen hätte. Hier liegt nun aber der Fall ja ganz anders. Denn der Erblasser Frei verpflichtete sich nicht auf den Fall *seines*, sondern auf den Fall des frühern Absterbens *seiner Frau*; er persönlich und nicht erst sein Nachlaß sollte im Falle des Eintrittes der Bedingung verpflichtet werden und zur sofortigen Erfüllung angehalten werden können. Daß das seine Auffassung war, beweist auch der Umstand, daß die 1000 Fr. im Auskaufsvertrag vom 24. Februar 1882 unter die Passiven aufgenommen worden sind.

Der Fall liegt auch dann nicht anders, wenn man davon ausgeht, es sei, um ein Schenkungsversprechen auf den Todesfall annehmen zu können, nicht nöthig, daß das Ueberleben des Beschenkten als *ausdrückliche* Vertragsbedingung in das schriftliche Schenkungsversprechen aufgenommen werde, sondern es genüge, wenn diese Bedingung *aus den Umständen* als Willensmeinung der Contrahenten erhelle und diese Umstände seien dann gegeben, wenn eine der Voraussetzungen des § 1080 des P.-R.-G.-B. zutreffe. Denn in concreto liegt nichts dafür vor, daß der Erblasser Frei die Schuldverpflichtung vom 5. März 1878 Angesichts des bevorstehenden Todes eingegangen habe, noch läßt sich von einem Vorbehalte des freien Widerrufes der Schenkung bis zu seinem Tode oder einer Sorge dafür, daß die Schenkung sonst nicht ihm selbst, sondern erst seinen Erben fühlbar werde, etwas erkennen. Was für den Richter einzig klar vorliegt, ist vielmehr nur der schriftlich beurkundete Wille, daß sobald die Frau vor dem Manne sterbe, deren Erben eine sofort und zwar ihm selbst gegenüber realisirbare Forderung von 1000 Fr. haben sollen. Der Schenkgeber sagt ja noch ausdrücklich, daß wenn *er* zuerst sterben sollte, die Verpflichtung dahinfalle, wohl der beste Beweis dafür, daß er nicht auf *seinen* Tod hin verfügen, nicht seinen *Nachlass* bezw. seine Erben belasten wollte ohne die Verpflichtung zunächst sich selbst fühlbar zu machen.

Erbrecht.

Beerbung eines Ausländers (Badensers).

Streit über die Erbenqualität des Klägers. Sie hängt davon ab, ob er ein *eheliches* Kind des Erblassers ist. Rechtsanwendung, örtliche, bezüglich der Frage der ehelichen Kindschaft. Legitimation durch nachfolgende Ehe nach badischem Rechte.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 22. Dezember 1888.

Eine Wittwe Bretscher von Töß kam am 9. Dezember 1841, etwa 6 Jahre nach dem Tode ihres Mannes außerehelich nieder, sie gebar einen Knaben, der auf den Namen Joh. Georg getauft wurde; welcher Geschlechtsname dem Kind im Civilstandsregister seines Geburtsortes (Horgen) beigelegt wurde, weiß man nicht. Am 29. April 1844 heirathete die Wittwe Bretscher den Joh. Georg Hold von Gemmingen, Bezirksamt Eppingen, Großherzogthum Baden, und brachte den vorehelich gebornen Knaben in die Ehe. Die Eheleute Hold wohnten zunächst in Gemmingen, zogen dann aber anno 1850 nach der Schweiz und kauften im Jahre 1852 oder 1853 in Watt-Regensdorf einen Gütergewerb, auf dem

sie bis zu ihrem Tode verblieben. Aus der Ehe Hold-Bretscher gingen 4 Kinder hervor. Neben diesen lebte aber auch der vorehelich geborne Knabe Joh. Georg immer in der Familie, er trug wie die ehelich gebornen Kinder den Geschlechtsnamen Hold und wurde von den letztern als Bruder behandelt, im Familienregister von Gemmingen ist er indeß nicht als eheliches Kind der Eheleute Hold eingetragen.

Im Jahre 1870 wollte sich Joh. Georg verheiraten, er reichte deßhalb beim Großherzoglich Badischen Amtsgericht Eppingen das Gesuch um Erlaß eines Verkündscheines ein. In diesem wird er als ehelicher Sohn der Georg Hold'schen Eheleute bezeichnet und es bezeugt der Gemeindrath Gemmingen: „der Bräutigam wurde durch Gemeindrathsbeschluß vom 25. Oktober 1870 zum Antritt seines ihm hier angeborenen Bürgerrechts zugelassen und seiner Braut die Bürgeraufnahme in Gemmingen ertheilt. Der Bräutigam hat seiner Wehrpflicht anno 1862 Genüge geleistet." Trotz dieses gemeindräthlichen Zeugnisses wies das Amtsgericht Eppingen das Gesuch um Erlaß eines Verkündscheines ab, weil Petent nicht in der Lage sei, den Nachweis zu liefern, daß er der eheliche Sohn der Georg Hold'schen Eheleute sei. Am 8. Jenner 1871 erwarb darauf der Sohn Johann Georg Hold das Gemeindebürgerrecht von Affoltern bei Höngg und damit auch das Schweizerbürgerrecht, worauf er sich verheirathen konnte. Der Vater Hold war schon im Jahre 1869 gestorben und es nahm der Notar des Kreises Höngg am 10. August 1878 auf Grund eines vom Civilstandsamt Regensdorf ausgestellten Familienscheines, in welchem auch Joh. Georg Hold als ehelicher Sohn der Georg Hold'schen Eheleute aufgeführt ist, am Grundprotokoll Vormerk vom erbrechtlichen Uebergang der väterlichen Liegenschaften auf die namentlich aufgeführten Kinder. Am 1. August 1885 starb auch die Mutter Hold. Schon die Theilung ihres Nachlasses veranlaßte Streit unter den Kindern. Der vorehelich geborene Joh. Georg stellte gegenüber den andern Kindern die Theilungsklage, die durch Urtheil vom 23. März 1887 in der Hauptsache gutgeheißen wurde. Die nämliche Klage stellte er sodann auch bezüglich des väterlichen Nachlasses. Allein hier bestritten ihm nun die Beklagten (die während der Ehe geborenen Kinder) die Activlegitimation, weil er gar kein eheliches Kind der Eheleute Hold und folglich auch nicht Erbe des Vaters sei. Dem gegenüber machte der Kläger geltend, der Erblasser sei sein natürlicher Vater gewesen und er habe durch die nachfolgende Ehe der Eltern die Ehelichkeit erworben.

Die Klage wurde von beiden Instanzen abgewiesen.

Gründe:

1. Es handelt sich um eine Erbtheilungsklage, diese steht naturgemäß nur dem Erben zu und folglich ist vor Allem aus zu entscheiden, ob dem Kläger die bestrittene Qualität als gesetzlicher Erbe des im Jahre 1869 zu Watt-Regensdorf verstorbenen badischen Staatsbürgers Joh. Georg Hold, um dessen Nachlaß es sich handelt, zukomme oder nicht.

2. Mag man nun für die Frage der Beerbung des kantonsfremden Erblassers das Recht seines Heimatortes oder dasjenige seines Wohnortes als maßgebend betrachten, so ist, damit dem Kläger Erbenqualität zukommt, nothwendig, daß er das *eheliche* Kind des Erblassers sei, denn sowohl nach badischem wie nach zürcherischem Recht steht dem *un*ehelichen Kinde in der Verlassenschaft des Vaters kein Erbrecht zu, währenddem anderseits die *eheliche* Kindschaft den Kläger wiederum nach beiden Rechten zum Erben seines Vaters macht.

3. Die Frage, ob der Kläger ein ehelicher Sohn des Erblassers sei oder nicht, ist eine Frage nach den Familienverhältnissen *dieses letztern* und als solche gemäß § 3 unseres privatrechtlichen Gesetzbuches, dann nach dem badischen Landrecht, als dem Heimatsrecht des Erblassers zu beurtheilen, wenn solches von diesem verlangt wird, diese Voraussetzung aber trifft zu. Denn Art. 3 des badischen Landrechtes schreibt vor, daß die Gesetze, welche den Zustand der Personen bestimmen, — und darunter sind auch die die Familienverhältnisse beschlagenden Vorschriften zu verstehen, — sich auf die Inländer (badische

Staatsangehörige) auch dann erstrecken, wenn sie sich im Auslande aufhalten.

4. Der Art. 331 des hienach bezüglich der Frage nach der ehelichen Kindschaft des Klägers zur Anwendung kommenden badischen Landrechts bestimmt: „Uneheliche Kinder, die nicht aus einer Blutschande oder einem Ehebruch gezeuget sind, werden durch eine nachgefolgte Ehe ihrer Eltern ehelich gemacht, wenn *beide zusammen vor* der Heirath sie anerkannt *haben* oder sie in der Heirathsurkunde selbst anerkennen.“ Hienach genügt zum Erwerb der ehelichen Kindschaft eines vorehelich gebornen Kindes keineswegs, wie nach zürcherischem Recht, (§ 231 des P. G.-B. und § 25 Absatz 5 des schweizerischen Civilstandsgesetzes), der Nachweis, daß es das natürliche Kind der Eltern sei, die sich nachher verheirathet haben, sondern es ist überdem nothwendig, daß die letztern diese seine Eigenschaft selbst und zwar entweder *vor* der Heirath oder dann wenigstens in der Heirathsurkunde anerkannt haben. Es handelt sich hier, wie namentlich auch der französische Text des Art. 331 (im Code Napoléon) beweist, um eine Förmlichkeit (Solennität), an deren Beobachtung die Legitimation unbedingt gebunden ist und ohne deren Erfüllung sie folglich auch nicht stattfindet. Der französische Gesetzestext spricht nämlich von einer Anerkennung des Kindes durch seine Eltern vor der Ehe, die légalement stattgefunden habe (lorsque ceux-ci les [enfants] auront legalement reconnus). Damit stimmt überein, was das badische Landrecht von der Anerkennung natürlicher Kinder sagt. Denn in Art. 334 heißt es: „Die Anerkennung eines natürlichen Kindes (als Kind eines außerehelichen Schwängerers) soll durch eine öffentliche Urkunde (acte authentique) vollzogen werden, sobald dieß nicht in deßen Geburtsurkunde geschehen ist“ und daran schließt sich Art. 334 a mit dem Zusatze: „Sie (die Anerkennung) muß mit ausgedrückten Worten darin liegen; bloße Zusage gewisser Vortheile für ein Kind als z. B. seiner Ernährung begründen diese Anerkennung noch nicht.“

5. Nun ist überall nicht dargethan, daß die Eheleute Hold den Kläger *vor* ihrer Heirath in der angegebenen solennen Weise oder wenigstens in der Heirathsurkunde als ihr Kind anerkannt haben und deßhalb darf die behauptete Legitimation nicht als vollzogen betrachtet werden, obgleich der Richter im Uebrigen keinen Zweifel darüber hat, daß der Kläger wirklich das natürliche Kind der Eheleute Hold ist.

6. Ist der Kläger hienach nicht ehelicher Sohn des Erblassers, so fehlt ihm auch die Erbenqualität und ohne diese ist er zur Stellung einer Erbtheilungsklage nicht legitimirt, woraus folgt, daß er damit abgewiesen werden muß.

Haftpflicht

aus dem Fabrikbetrieb gleichgestelltem Gewerbebetrieb.

(Bundesgesetz vom 26. April 1887.)

Die bundesräthliche Entscheidung darüber, ob eine Unternehmung dem Haftpflichtgesetz unterstellt sei, ist nur einzuholen, wo darüber Zweifel bestehen (Art. 10 des Gesetzes vom 26. April 1887 und Art. 14 des Haftpflichtgesetzes vom 25. Juni 1881.)

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 23. Dezember 1888.

Ein Bauakkordant übernahm die Erstellung einer Leitung. Es mußten gewisse Grabarbeiten ausgeführt werden. Im Verlaufe stürzte wegen mangelhafter Einrichtung ein Stollen ein und es wurde dabei ein im Taglohn angestellter Arbeiter verletzt. Dieser klagte deßhalb gegenüber dem Arbeitgeber eine Unfall-Entschädigung von 108 Fr. ein und erhielt sie vom Einzelrichter zugesprochen. Der Beklagte focht das Erkenntniß mit der Nichtigheitsbeschwerde an und machte dabei unter Anderm geltend: Seine Verurtheilung sei die Folge der Anwendung des Bundesgesetzes vom 26. April 1887 betreffend die Ausdehnung der Haftpflicht und die Ergänzung des Fabrikhaftpflichtgesetzes vom 25. Juni 1881 auf den streitigen Fall. Nun sei aber der Einzelrichter zur Entscheidung der Frage, ob man es hier mit einem unter das er-

wähnte Haftpflichtgesetz fallenden Gewerbe zu thun habe, gar nicht kompetent gewesen. Darin, daß er diese Entscheidung dennoch getroffen habe, liege eine offenbare Verletzung von Art. 14 des Haftpflichtgesetzes vom 25. Juni 1881 und von Art. 1 Abs. 2 des Fabrikgesetzes vom 23. März 1877, wonach im Zweifel einzig der Bundesrat darüber zu entscheiden befugt sei, ob ein gewisses Gewerbe unter das Haftpflichtgesetz falle oder nicht.

Die Nichtigkeitsbeschwerde wurde abgewiesen.

Gründe:

Nach Art. 10 des Bundesgesetzes vom 26. April 1887 in Verbindung mit Art. 14 des Haftpflichtgesetzes vom 25. Juni 1881 und Art. 1. des Fabrikgesetzes vom 23. März 1877 hat der Bundesrath *nur im Falle des Zweifels* darüber zu entscheiden, ob eine Unternehmung dem Haftpflichtgesetz unterstellt sei oder nicht. Daraus folgt aber, daß von einer Verletzung der citirten Gesetzesstellen durch den Vorderrichter nur dann gesprochen werden könnte, wenn er davon ausgegangen wäre, es sei zweifelhaft, ob das Gewerbe des Beschwerdeführers dem Haftpflichtgesetz unterstellt sei oder nicht, dennoch aber die Einholung des bundesrätlichen Entscheides unterlassen und von sich aus entschieden hätte. Dem ist nun aber durchaus nicht so. Der Vorderrichter hat vielmehr die Frage als eine liquide angesehen, und dieser Ueberzeugung durfte er auch Ausdruck verleihen. Nach Art. 1 Zif. 2 lit. d des neuesten Haftpflichtgesetzes vom 26. April 1887 findet dasselbe auch Anwendung auf die Erstellung von Leitungen, wenn der Arbeitgeber durchschnittlich mehr als 5 Arbeiter beschäftigt. Die Frage der Anwendbarkeit des Haftpflichtgesetzes hing somit lediglich davon ab, ob der Beklagte durchschnittlich mehr als 5 Arbeiter beschäftige und wenn nun der Einzelrichter fand, daß darüber ein Zweifel nicht bestehen könne Angesichts der Thatsache, daß der Beklagte nach der Taglohnliste allein für die wegen des ungenügenden Sperrens entstandenen Mehrarbeiten durchschnittlich mehr als 5 Arbeiter beschäftigte, (in 17 Tagen 88¹/₄ Taglöhne) und speziell am 26. Juli (dem Unfalltage) sechs, so war die Sache klar und hatte er weder Pflicht noch Veranlaßung, eine Entscheidung des Bundesrathes zu veranlaßen.

Nachbarrecht.

Die vom Grundeigenthümer dem Nachbar ertheilte Bewilligung, auf die Grenze zu bauen, ist auch für den Rechtsnachfolger des erstern verbindlich.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 20. November 1888.

Ein Grundeigenthümer (Hotz) erstellte im Jahre 1879 ein Gartenhaus und setzte dasselbe mit ausdrücklicher schriftlicher Zustimmung seines Nachbars (Hinder) genau auf die Grenze. Ohne diese Zustimmung hätte er 5 ' von der Grenze entfernt bleiben müssen. Später verkaufte der letztere seine angrenzende Liegenschaft und nun trat der neue Erwerber (Blickle) im laufenden Jahre (1888) als Kläger gegen den Eigenthümer des Gartenhauses auf mit dem Begehren, daß derselbe verpflichtet werde, das letztere, weil in die gesetzlich nicht überbaubare Zone von 5 ' hineinragend, zu entfernen. Die Einwilligung seines Rechtsvorfahren Hinder zur Erstellung der Baute berühre ihn ganz und gar nicht, sei vollständig unverbindlich für ihn; anders wäre es nur dann, wenn dieselbe notarialisch gefertigt, auf seinem Grund und Boden als dingliche Last in der Weise vorgestellt wäre, daß sich der jeweilige Besitzer des letztern die Baute, obgleich auf die Grenze gestellt, gefallen lassen müsse. Das Bezirksgericht anerkannte, daß der bloße, nur persönliche Rechtsbeziehungen zwischen den Contrahenten begründende Vertrag, wie ihn Hotz und Hinder mit einander geschlossen haben, für sich allein nicht genüge, um das Klagebegehren als unbegründet erscheinen zu lassen. Es erklärte dann aber, dieser Vertrag sei ein auf Bestellung einer Servitut gerichteter gewesen, des Inhalts, daß sich der jeweilige Besitzer des klägerischen Grundeigenthums die Grenzbaute gefallen lassen müsse und

die Servitut selbst sei durch die Ausführung der Baute, die sich als ständige Anstalt darstelle, begründet worden (§ 245 des P.-G.-B.)

Dieses Urtheil wurde zweitinstanzlich bestätigt.

Gründe:

1. Es ist ohne Weiters klar, daß die Einwilligung seines Rechtsvorfahren zur Erstellung der streitigen Baute auch für den Kläger selbst rechtsverbindlich ist. Der Verzicht auf eine Baueinsprache hätte ja sonst gar keinen Sinn. Wollte man denselben nicht auch als für die Rechtsnachfolger verbindlich betrachten, so müßte man dann auch den weitern, ebenso unrichtigen Satz aufstellen, daß die *Verwirkung* einer Baueinsprache für Rechtsnachfolger nicht verbindlich sei.

2. Die erste Instanz gelangt zu dem nämlichen Ergebnisse auf einem andern, nach der Ansicht dießseitiger Stelle indeß unrichtigen Wege. Sie nimmt an, die Baute begründe für die klägeriche Liegenschaft eine ständige Servitut, kraft welcher der Besitzer der letztern sich dieselbe gefallen lassen müsse und der Beklagte besitze das Recht, die Baute stehen zu lassen, nicht auf Grund seines Eigenthums am Boden, sondern kraft einer Dienstbarkeitsberechtigung. Damit wäre also gesagt, daß man auf dem eigenen Grundstücke eine ständige Dienstbarkeit zu Lasten eines fremden Grundstückes erwerben könne. Der Beklagte wäre nicht kraft seines Eigenthums, sondern kraft besonderer Servitutberechtigung zum Stehenlassen der Baute befugt. Diese Auffassung widerspricht der Natur der Sache. Eine Servitutberechtigung kann nicht entstehen dadurch, daß man einfach sein Eigenthum ausnützt. Es handelt sich im vorliegenden Fall einfach um ein nachbarrechtliches Verhältniß, das im Gesetze besonders geregelt und von der Servitut verschieden ist. Die Befugniß, zu verlangen, daß der Nachbar innerhalb 5 ' von der Grenze nicht baue, ist nicht eine an und für sich schon im Eigenthum liegende, von selbst aus dem Begriffe desselben folgende Befugniß und deßhalb liegt auch in ihrer Aufhebung, im Verzicht auf dieselbe nicht eine Eigenthumsbeschränkung, also auch keine Servitut. Die Befugniß ist vielmehr eine über die Sphäre des Eigenthums hinausreichende, auf nachbarrechtlicher Vorschrift beruhende, deren Verzicht dieselbe schlechterdings aufhebt, ist sie aber einmal weggefallen, so kann sie auch nicht auf einen neuen Erwerber des Eigenthums übergehen.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. Februar 1889. VIII. Band. № 3.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die „Amerikanische Schweizer-Zeitung", 18 Ann Str., New-York.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Handelsgericht Zürich.

30. November 1888.

Walker ca. Bernhardt.

Kauf

von Inhaberobligationen. Nachwährschaftsklage des Käufers, weil die Obligationen als gestohlene Papiere schon beim Kaufsabschluß „frappées d'opposition" gewesen seien. Begründung des Nachwährschaftsanspruches sowohl vom Gesichtspunkte der Gewährleistung des Verkäufers für thatsächliche Mängel der Kaufsache (Art. 243 u. f. O.-R.) als vom Gesichtspunkte der Gewährleistung desselben für das veräußerte Recht aus (Art. 235 u. folg. O.-R.)

Aloys Bernhardt, Inhaber eines Bank- und Wechselgeschäftes in Zürich kaufte am 1. Oktober 1887 von einer angeblichen Frau Emma Schöppener, Josephstraße-Außersihl 2 dreiprozentige Inhaberobligationen auf die Panamakanalgesellschaft, nämlich:

die No. 319,496 dat. Paris den 6. Aug. 1886, lautend auf 1000 Fr. und

die No. 166,535, dat. Paris den 1. Oktbr. 1884, lautend auf 500 Fr.

um den Preis von 588 Fr. und verkaufte dieselben am nämlichen Tage für 597 Fr. an den Bankier Emil Walker in Zürich. Dieser ließ die Obligationen hinwiederum durch den Crédit Lyonais in Paris verkaufen, erhielt aber schon am 6. Oktober die telegraphische und briefliche Nachricht, daß die beiden Titel „frappées d' opposition" seien. Beigefügt wurde, daß die Opposition unterm 21. April 1887 von einem gewissen Rey, Angestellten im Hotel Maurice, 228 Rue de Rivoli in Paris ausgewirkt worden sei und Walker aufgefordert werde, entweder Auftrag zum Rückkauf der Titel zu ertheilen oder regelrechte Titel zu liefern. Walker that das letztere, indem er durch den Crédit Lyonnais am 8. Oktober zwei andere Panama-Obligationen als Ersatz ankaufen ließ. Dann machte er mit Brief vom 11. Oktober seinem Verkäufer Bernhardt von dem geschilderten Sachverhalt Anzeige und verlangte Rückvergütung des bezahlten Kaufpreises von 597 Fr. nebst 12 Fr. 50 Differenz für Ankauf neuer, an Stelle der bereits verkauft gewesenen Titel, Assec. und Porto etc., zusammen also 609 Fr. 50 Rp. Der letztere anwortete indeß mit Brief vom 29. Oktober ablehnend, weil sowohl Walker als sein Abnehmer nach schweizerischem wie nach franzö-

sichem Recht an den Obligationen mit Rücksicht darauf unbeschränktes Eigenthumsrecht erworben haben, daß dieselben von ihnen (wie s. Z. auch von ihm, dem Bernhardt) gutgläubig und zum Tageskurs erworben worden seien. Beigefügt wurde, daß nach eingezogenen Erkundigungen beim Statthalteramt Zürich die Untersuchung gegen die muthmaßliche, hierorts verhaftete Diebin noch pedent, letztere also noch nicht ausgeliefert sei und derselben 400 Fr. an baar und für mehrere 100 Fr. Waaren abgenommen worden seien, auf welche Walker zu seiner Deckung einen Beschlag auswirken möge.

Am 18. Januar 1888 erhob Walker beim Handelsgericht Klage über die Streitfrage, ob Bernhardt nicht verpflichtet sei gegen Rückgabe der beiden Titel:

1. den empfangenen Kaufpreis von Fr. 597. sammt 5 % Zins zurückzuerstatten und
2. die dem Käufer durch die Lieferung fehlerhafter Waare verursachten Auslagen zu ersetzen, nämlich die Umtauschkosten mit Fr. 12.50 und die ergangenen Porti, Assekuranz, Depeschenauslagen etc. mit Fr. 2.70

Fr. 612.20

Zum Beweiß dafür, daß die Obligationen wirklich gestohlen worden seien, wurden vom Kläger producirt:

1. Eine beglaubigte Abschrift des Auslieferungsbegehrens, welches die französische Gesandtschaft in Bern am 9. November 1887 betr. eine Martha Hertlein geb. Farsch von Edelfingen (Württemberg), damals in Zürich in Verhaft befindlich, an den schweizerischen Bundesrat gestellt hat, nebst einer beglaubigten Abschrift des Verhaftsbefehls des Untersuchungsrichters beim Tribunal der ersten Instanz des Departements de la Seine, nach welchen Akten der Anschuldigung gegen die Hertlein folgender Thatbestand zu Grunde lag: Dem Joseph Rey, garçon d,office im Hôtel Maurice, 228 rue de Rivoli in Paris waren zwischen dem 14. und 19. April 1887 verschiedene Werthsachen entwendet worden. Der Verdacht der Thäterschaft lenkte sich auf die genannte Martha Hertlein, welche vom 1. November 1885 bis 8. März 1887 in jenem Hôtel Zimmermagd gewesen war. Die Untersuchung stellte heraus, daß dieselbe von Zürich aus einen der gestohlenen Werthtitel, nämlich eine mit No. 349,521 bezeichnete Panamaactie an eine Frau nach Paris zum Verkauf gesandt hatte. Ferner hatte die Pariser Polizei vom Polizeikommando Zürich Kenntniß erhalten, daß die Hertlein zwei Panamaobligationen No. 166,535 und 319,496, (die im Streite liegenden), welche ebenfalls zu den dem Rey entwendeten Titeln gehörten, veräußert und sich im Besitz noch weiterer französicher Werthpapiere befunden habe.

2. Ein Zeugniß des Untersuchungsrichters beim Gericht erter Instanz des Seine-Departements, dahin gehend, es ergebe sich aus einer von dem Joseph Rey eingereichten Klage, daß demselben zwischen dem 14. und 19. April 1887 eine gewisse Anzahl Werthpapiere, worunter 2 Panamaobligationen No. 319,496 und 166,535 aus dem Zimmer gestohlen worden seien; die Untersuchung sei bereits an Hand genommen.

Die Klage wurde sowohl aus der Nachwährschaftspflicht des Verkäufers für *thatsächliche* als auch aus derjenigen für *rechtliche* Mängel abgeleitet. Denn man machte geltend, die Obligationen seien, weil frappées d'opposition, nicht marktgängig, also zu dem vorausgesetzten Gebrauche d. h. zur Weiterveräußerung nicht tauglich (Art. 243 O.-R.) und sodann müsse in der Opposition und Publikation eine der förmlichen Eviktion gleichwerthige Thatsache erblickt und folglich die Klage auch aus dem Gesichtspunkte des Art. 235 des O.-R. gutgeheißen werden. Der Kläger habe die Ansprüche des Rey gemäß Art. 240 des O.-R. anerkannt und müsse es deßhalb dem *Beklagten* überlassen werden, seine Rechte diesem gegenüber geltend zu machen.

Im Bulletin officiell des Opposition vom 27. September 1887 sind die beiden streitigen Obligationennummern aufgeführt, jedoch ohne Angabe der näheren Verumständungen über das Abhandenkommen der Papiere.

Da der Beklagte bestritt, daß die beiden

Obligationen gestohlen worden seien und vielmehr behauptete, es habe der frühere Eigenthümer Rey dieselben seiner Maitresse Martha Hertlein in einer schwachen Stunde geschenkt, wurde dem Kläger besserer Beweis für den behaupteten Diebstahl aufgelegt und es stellte derselbe darauf das Gesuch, es möchte die bezügliche Strafprozedur nebst dem Urtheil auf amtlichem Wege eingezogen werden. Da die Beurtheilung der Martha Hertlein erst am 28. August 1888 stattfand, so mußte der Prozeß bis dahin sistirt werden. Es ist aber das Gericht erster Instanz des Seine-Departements auf diplomatischem Wege ersucht worden, nach erfolgter Beurtheilung der Hertlein anher zu berichten, ob eine Schuldigerklärung derselben wegen Diebstahls der Panamaobligationen No. 319,496 und 166,535 stattgefunden habe.

Aus dem Berichte des französischen Ministeriums des Aeußern an die Schweizerische Gesandtschaft in Paris geht nun hervor, daß die Martha Hertlein unter oben genanntem Datum (28. August 1888) allerdings vom Assisenhof des Seine-Departements wegen ausgezeichneten Diebstahls zu 2 Jahren Gefängniß verurtheilt worden sei, daß aber die fraglichen Panamaobligationen No. 319,496 und 166,535 sich *nicht* unter der Zahl derjenigen Gegenstände befinden, wegen welcher die Verurtheilung erfolgt sei.

Die Klage wurde abgewiesen.

Gründe:

1. Die Klage stellt sich als Anspruch auf Nachwährschaft aus Kauf dar. Es verlangt der Kläger Aufhebung des am 1. Oktober 1887 abgeschlossenen Kaufes über 2 Panamaobligationen, Rückerstattung des Kaufpreises nebst Zinsen und Ersatz der gehabten Auslagen. Dieser Nachwährschaftsanspruch wird nach 2 Richtungen hin begründet, in erster Linie vom Gesichtspunkt der Gewährspflicht des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache (Art. 243 u. f. des O.-R.), in zweiter Linie vom Gesichtspunkt der Gewährleistung des veräußerten Rechtes (Art. 235 u. f.) aus.

2. Der erstgenannte Standpunkt wird dahin präzisirt, die vom Beklagten dem Kläger verkauften 2 Obligationen seien mit einem thatsächlichen Mangel behaftet, welcher den Werth und die Tauglichkeit derselben zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufhebe oder doch erheblich mindere. Der vorausgesetzte Gebrauch solcher Titel sei derjenige der Weiterveräußerung, die Waare müsse marktgängig sein, das treffe aber bei den streitigen Obligationen nicht zu, weil mit Bezug auf dieselben von einem Dritten ein Zahlungsverbot (Opposition) ausgewirkt worden sei. Dieser Rechtsstandpunkt ist indessen nicht haltbar.

3. Es ist daran festzuhalten, daß Art. 243 des O.-R. körperliche Eigenschaften und Mängel von Waaren im Auge hat; solche Fehler kommen aber hier überall nicht in Frage. Gegenstand des Kaufvertrages waren die in den beiden Obligationen verkörperten Forderungsrechte auf die Panamakanal-Gesellschaft und nun sind an Forderungen eben nur rechtliche Mängel gedenkbar. Allerdings ist im Commentar von Hafner zu Art. 243 in Ziff. 1 auch die Haft des Cedenten für die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners erwähnt und dabei auf Art. 192 Abs. 2 des O.-R. verwiesen, allein damit ist keineswegs gesagt, daß der Commentator die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners einer abgetretenen Forderung, für welche Gewähr versprochen ist, als einen thatsächlichen Mangel der Kaufsache habe hinstellen wollen, denn er citirt den Art. 192 auch in der Anmerkung zu Art. 235, welcher von der Gewähr des veräußerten Rechtes handelt, ebenso der Commentar von Schneider und Fick daselbst unter Anmerkung 2, Satz 2.

4. Der den streitigen Panamaobligationen anhaftende Mangel soll darin bestehen, daß der Geltendmachung der in ihnen verkörperten Forderungen d. h. dem Bezuge verfallener Zins- und Kapitalzahlungen und der Möglichkeit der Weiterveräußerung ein der Panamagesellschaft angelegtes Zahlungsverbot entgegen stehe. Allein hieraus folgt ja nicht eine fehlerhafte Beschaffenheit der streitigen Werthtitel an sich bezw. der durch sie repräsentirten Forderungsrechte, sondern es ist durch den Umstand, daß die Schuldnerin die Zahlung der verfallenen Coupons verweigert bezw. durch einen Dritten an der Zahlung

gehindert wird, sowie daß Käufer die Titel nicht mehr gutgläubig auf den Markt bringen kann, lediglich eine Störung im Genuß des veräußerten Rechtes eingetreten. Die Mangelhaftigkeit ist nicht in der Beschaffenheit der Kaufsache, sondern in der rechtlichen Lage des Käufers zu suchen, der die Titel nicht wie ein Eigenthümer haben und genießen kann. Der Verkäufer hat die ihm gemäß Art. 229 des O.-R. obliegende Verpflichtung, dem Käufer den Kaufgegenstand zu vollem Rechte und Genusse zu übergeben, nicht erfüllt..

5. Der mit Art. 229 in Verbindung stehende Art. 235 des O.-R. bestimmt, der Verkäufer habe dafür Gewähr zu leisten, daß nicht ein Dritter aus Rechtsgründen, die schon zur Zeit des Verkaufes bestanden haben, dem Käufer den Kaufgegenstand ganz oder theilweise entziehe. Eine Entwehrung des Käufers ist aber nach unserm schweizer. O.-R., abgesehen von dem hier nicht in Betracht kommenden Falle des bösgläubigen Erwerbes von Sachen oder Inhaberpapieren rechtlich nur möglich bei gutgläubigem Erwerb *gestohlener und verlorener* Sachen und Inhaberpapiere. (Art. 205 und 206 des O.-R.) Sind die streitigen Obligationen nicht gestohlene oder verlorene, so hat der Beklagte als gutgläubiger Erwerber Eigenthumsrecht erlangt und auf den Kläger übertragen, auch wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer war (Art. 205 des O.-R.). Sind sie aber, wie der Beklagte behauptet, gestohlen, so ist ganz klar, daß sowohl nach französischem Rechte (Art. 2279 Code civil) als nach Art. 206 des O.-R. der Bestohlene das Eigenthumsrecht nicht verloren hat, daß der Beklagte also nicht Eigenthümer der streitigen Titel geworden ist und Eigenthum an denselben nicht hat übertragen können. Der Beklagte hat dem Kläger die Obligationen nicht zu vollem Rechte und Genusse übertragen, woraus folgt, daß die Gewährspflicht des Beklagten begründet wäre, obschon der Kläger sich thatsächlich noch im Besitz der Titel nebst Coupons befindet; der Verkäufer haftet eben dem Käufer auch für ungestörten Genuß des veräußerten Rechtes.

6. Umgekehrt kann der Kläger gestützt auf die Thatsache allein, daß er durch die von Joseph Rey ausgewirkte und publizirte Opposition in Gemäßheit des einschlägigen französischen Gesetzes vom 15. Juni 1872 (loi relative aux titres au porteur) am Zinsengenuß und an der Weiterveräußerung gehindert ist (Art. 2 und 12), mit dem Nachwährschaftsanspruch nicht aufkommen, denn der Verkäufer ist nicht gehalten, dem Käufer für eine Störung im Besitze der verkauften Sache oder im Genuß des veräußerten Rechtes einzustehen, die ein Dritter aus zwar zur Zeit des Kaufes vorhandenen, aber nicht zu Recht bestehenden Gründen bewirkt hat. Die Gewährspflicht ist vielmehr an die Voraussetzung geknüpft, daß die Störung aus einem Grunde erfolgt ist, welcher den Dritten hiezu berechtigt hat. (Vergleiche die eingehende Begründung dieses Grundsatzes im Urtheil des Kassationsgerichtes vom 8. September 1884 i. S. Schläpfer ca. Walker, Erwägung 4 und 5, abgedruckt in den Blättern für handelsrechtliche Entscheidungen Bd. III 278.) Daß beim Kaufabschlusse etwa stillschweigend vereinbart worden sei, es solle der Käufer, wenn sich später zeige, daß die Papiere mit Opposition belegt seien, das Recht haben, den Kaufpreis zurückzuverlangen, ist nicht behauptet worden. Selbstverständlich hat der Kläger für die Berechtigung des Dritten zur Auswirkung des Zahlungsverbotes als für eine Voraussetzung der Nachwährschaftspflicht den Beweis zu übernehmen. Er hätte also darzuthun, daß die Papiere dem Ansprecher (Rey) ohne dessen Willen abhanden gekommen seien, daß dieser sie verloren habe, oder daß sie ihm gestohlen worden seien, denn hat sich der Ansprecher derselben freiwillig entäußert, und dieß behauptet der Beklagte, so kann der dritte Besitzer der Titel die auf unrichtige Angaben hin erwirkte Opposition mit Erfolg anfechten und vom französischen Richter Aufhebung derselben verlangen (Art. 1 und 12 des Gesetzes vom 15. Juni 1872).

7. Frägt man sich nun, ob der Beweis dafür, daß die streitigen Titel dem Joseph Rey entwendet worden seien — etwas anderes wird nicht behauptet — erbracht sei, so wird man zu einem verneinenden Resultate gelangen und deßhalb die Klage abweisen müssen.

So wenig die produzirte Abschrift des Auslieferungsbegehrens der franz. Gesandtschaft,

sowie die Copie des Verhaftsbefehles des Pariser Untersuchungsrichters genügen, um den Beweis für einen Diebstahl zu erbringen, da in jenen Schriftstücken lediglich die Verdachtsmomente bezeichnet werden, welche für eine Entwendung durch die Hertlein sprachen, so wenig beweisbildend ist die beigebrachte Bescheinigung des Pariser Untersuchungsrichters, welche sich wiederum lediglich auf die einseitigen Angaben des Anklägers Rey stützt.

Durch den Bericht des französischen Ministers des Auswärtigen ist nun aber festgestellt, daß bezüglich der beiden Panamaobligationen No. 319,496 und 166,535, deren Entwendung die Hertlein beschuldigt war, eine Freisprechung erfolgte. Der klägerische Vertreter hat heute den Standpunkt eingenommen, damit sei nicht bewiesen, daß die beiden Papiere überhaupt nicht gestohlen worden seien, sondern es ergebe sich nur so viel, daß die Hertlein als des Diebstahls nicht überführt erklärt worden sei und er hat im Anschluß hieran neuerdings das Begehren gestellt, daß die Akten der Strafprozedur gegen die Martha Hertlein beigezogen werden. Allein dieser Ausführung ist lediglich entgegenzuhalten, daß der Kläger als beweispflichtige Partei diejenigen Thatsachen hätte namhaft machen sollen, aus welchen der Richter die Ueberzeugung für die Schuld der Hertlein oder die Entwendung durch einen Dritten schöpfen könnte; dies ist nicht geschehen, obschon es ja dem Kläger mittelst Erkundigung bei Rey zweifellos gelungen wäre, das nöthige Material zu sammeln, auf Grund dessen der Richter im Civilprozeß trotz des freisprechenden Straferkenntnisses des französischen Gerichtes allfällig weitere Erhebungen hätte machen und sich sein Urtheil bilden können. Der Kläger ist nun aber als beweisfällig zu betrachten, woraus ohne Weiteres die Verwerfung der Klage folgt.

Die Pensionsberechtigung

der Angehörigen einer Hülfs- und Pensionskasse.

In wiefern kann der auf Grund und nach Maßgabe bestimmter Statuten fixirte Pensionsanspruch einer nachträglichen Reduktion unterworfen werden?

Urtheil des Bezirksgerichtes Zürich, vom 21. November 1888.

Die schon seit dem 8. März 1855 bestehende Pensions- und Hülfskasse für die Angestellten der schweizerischen Nordostbahn (laut urtheilsmäßiger Anerkennung des Bundesgerichtes vom 16. September 1887 in Sachen Bättig ca. Nordostbahn eine durchaus selbständige, von der letztern verschiedene juristische Person) hat ihre Statuten im Laufe der Jahre schon verschiedene Male geändert. Es liegen außer den ursprünglichen solche Statuten vor vom 5. Dezember 1865, 16. Dezember 1870, 17. April 1880 und 10. Februar 1888. In den letztern ist unter § 38 bestimmt: Sämmtliche nach den Statuten vom 17. April 1880 festgesetzten Pensionen sind einer Neuberechnung auf Grund der gegenwärtigen Statuten zu unterwerfen. Mit Zuschrift vom 20. März 1888 machte die Direktion der Nordostbahn alle frühern Angestellten, die auf Grundlage der Statuten vom 17. April 1880 Pensionen bezogen, auf die genannte Statutenbestimmung aufmerksam, bemerkend, daß solche durch die eingetretene Verschlechterung der Finanzlage der Pensions- und Hülfskasse absolut nothwendig geworden sei und daß die Verwaltungskommission der Kasse die Neuberechnung der Pensionen unverzüglich veranlaßen und deren Resultat zur Kenntniß bringen werde. Am 12. April 1888 wurde die in Aussicht gestellte Neuberechnung an die Interessenten versandt, die darin festgestellte Reduktion der Pensionen fand aber nicht überall Zustimmung, sondern stieß auch auf Widerspruch. So erhoben z. B. förmlichen Protest ein ehemaliger Weichenwärter, ein Stationsvorsteher, ein a. Depotchefs und zwei ehemalige Zugführer, die

alle auf Grund und nach Maßgabe der Statuten vom 17. April 1880 pensionirt worden waren und deren Pensionen nunmehr um 10, bei dem einen aber sogar um 25 % reduzirt werden sollten. Da die Reklamationen nichts halfen, so leiteten diese Personen am 30. Oktober 1888 gegen die Pensions- und Hülfskasse Klage ein über die Streitfrage, ob letztere nicht verpflichtet sei, ihnen *die bisherigen* Pensionen auszuzahlen. Ihr Standpunkt war einfach der, daß sie einen wohlerworbenen Anspruch auf Ausrichtung der Pensionen in der ursprünglich festgesetzten Höhe besitzen. Eine Reduktion wäre nur auf Grund von Thatsachen möglich, denen *die Statuten vom 17. April 1880*, unter deren Herrschaft und auf deren Grundlage die Pensionirung der Kläger stattgefunden habe, eine bezügliche Wirkung beilegen. Solche Thatsachen werden in den betreffenden Statuten genannt, sie liegen aber in concreto nicht vor und es gehe nicht an, daß bezüglich der schon begründeten, in einem bestimmten Umfange gesicherten Pensionen auf dem Wege der Statutenänderung neue Reduktionsgründe geschaffen und dadurch die einmal erworbenen Rechte geschmälert und beeinträchtigt werden.

Die Beklagte antwortete:

1. Es haben Kläger die Reduktion ihrer Pensionsansprüche dadurch rechtskräftig werden lassen, daß sie die neuen Statuten vom 10. Februar 1888, auf welchen die Reduktion beruhe, nicht innerhalb der in § 31 des P.-R.-G.-B. statuirten einmonatlichen Frist angefochten haben. Die heutige Anfechtung müsse als verspätet zurückgewiesen werden.

2. Den Klägern stehe nicht ein *fremdes* Rechtssubject gegenüber, das ihnen, wie etwa eine Versicherungsgesellschaft, eine unabänderliche fixe Pension zugesichert habe. Sondern es handle sich im vorliegenden Falle um die Vereinigung der sämmtlichen Nordostbahnangestellten zur Bildung einer Art Spaarbüchse, aus deren Mitteln die dienstunfähig Gewordenen gewisse Unterstützungen beziehen sollen und aus dieser speziell gearteten Natur des vorliegenden Personenvereins, genannt Hülfs- und Pensionskasse, ergebe sich ohne Weiteres, daß die Höhe der zu entrichtenden Pensionen durchaus vom Bestande der Kasse abhängig sei und daß somit, wenn letztere in einem Maße geschwächt werde, daß die bisherigen Pensionen nicht mehr voll ausbezahlt werden können, eine Reduktion derselben eintreten müsse.

3. Diese Auffassung sei denn auch in dem § 34 der Statuten vom 17. April 1880 zum Ausdruck gekommen und folglich um so mehr für die Kläger verbindlich.

4. Die Fonds der Beklagten haben auch in der That in einem Grade abgenommen, der es unmöglich mache, die frühern Pensionen auch für die Folgezeit in vollem Umfange auszubezahlen, wenn nicht die Fortexistenz des Institutes in Frage gestellt werden wolle.

Der § 34 der Statuten vom 17. April 1880 lautet wörtlich: „Eine Veränderung dieser Statuten kann nur durch die Direktion auf den Antrag oder nach eingeholtem Gutachten der Kommission beschlossen werden und soll jedenfalls dannzumal stattfinden, wenn die vorhandenen Fonds für *die vorkommenden* Pensionen nach den aufgestellten Statuten nicht hinreichen oder deren Bestimmungen zur Abwendung von Mißbräuchen ungenügend erscheinen sollten.

Jede Veränderung der Statuten wird vom Zeitpunkt ihres Inkrafttretens an, sowohl was Rechte und Pflichten anbelangt, für alle „Mitglieder verbindlich."

Die Klage wurde gutgeheissen.

Gründe:

1. Die Einwendung der Beklagten, es müssen sich Kläger die vorgenommenen Pensionsreduktionen schon deßwegen gefallen lassen, weil sie die Grundlage derselben, nämlich die neuen Statuten vom 10. Februar 1888 nicht innerhalb Monatsfrist angefochten haben, erweist sich von vornherein als unstichhaltig. Denn unzweifelhaft handelt es sich bei diesen Pensionsansprüchen um wohlerworbene Rechte im Sinne von § 30 des P.-R.-G.-B., solche können aber, wie nicht weiter erörtert zu werden braucht, unter keinen Umständen durch den einfachen Erlaß neuer statutarischer Bestimmungen weg-

decretirt werden. Denkbar wäre, daß die neuen Statuten den Verlust bezw. die Reduktion der Pensionsansprüche an gewisse Thatsachen knüpfen würden, denen nach den alten Statuten irgend eine Bedeutung nicht zukam und daß dann beim Eintreten solcher Thatsachen auch die schon vor dem Inkrafttreten der neuen Statuten existent gewordenen Ansprüche der Einwirkung derselben unterliegen müßten. Der einfache Beschluß dagegen, daß die bisherigen Ansprüche aufhören sollen zu existiren, wird immer als ein ungültiger zu betrachten sein und auch nicht etwa dadurch eine Rechtsbedeutung gewinnen können, daß er von den Interessenten innerhalb gewißer Frist nicht angefochten wird.

2. Es muß aber im Fernern auch der weitere Standpunkt der Beklagten, daß es sich bei den auf Grund der Statuten vom 17. April 1880 entstandenen Pensionsansprüchen um variable, von dem jeweiligen Bestand der Kasse abhängige Größen handle, als unzutreffend verworfen werden. Diese Auffassung könnte nur dann gebilligt werden, wenn sie ihre Stütze *in ganz klaren* Statutenbestimmungen finden würde. Denn es ist ein anerkannter Rechtsgrundsatz, daß die Insuffizienz des schuldnerischen Vermögens zur Befriedigung aller Gläubiger, wenn sie auch einschneidende *praktische* Bedeutung besitzt, doch auf die *Rechts*beständigkeit der existenten Ansprüche einen Einfluß nicht äußert, und es darf nicht angenommen werden, daß dieser allgemeine Grundsatz hier nicht zur Existenz gelange, wenn das nicht ausdrücklich durch die in concreto anzuwendenden Statuten der Pensions- und Hülfskasse vom Jahre 1880 vorgeschrieben ist. Nun ruft die Beklagte freilich eine Statutenbestimmung an, aus welcher die behauptete Abhängigkeit der Pensionsansprüche von dem jeweiligen Vermögensbestand der Kasse folgen soll. Allein der § 34 der Statuten vom 17. April 1880, auf den hier abgestellt wird, kann nicht so interpredirt werden. Er spricht allerdings davon, daß eine Statutenrevision vorgenommen werden solle, wenn die vorhandenen Fonds für die „vorkommenden“ Pensionen nicht mehr hinreichen und daß jede Veränderung der Statuten für alle Mitglieder der Kasse vom Zeitpunkte ihres Inkrafttretens an verbindlich werde. Der Sinn ist dabei aber offenbar nur der, daß bei verschlechterter Finanzlage des Instituts eine neue richtige Basis für die *in Zukunft* festzusetzenden, (daß es sich nur um solche handelt, deutet wohl auch der Ausdruck „vorkommend“ an) Pensionen gefunden werden solle und daß dann nicht etwa ein Mitglied, das noch unter der Herrschaft der alten Statuten der Kasse beigetreten sei, verlangen könne, nach den alten Grundsätzen pensionirt zu werden, trotzdem es erst nach Inkrafttreten der neuen Normen dienstuntauglich geworden ist. Hätte man weitergehen und auch die bereits einmal ausgemeßenen Pensionen ebenfalls unter dem Rückgang der Kasse leiden lassen wollen, so wäre das jedenfalls in ganz präziser Form in diesem § 34 der Statuten zum Ausdruck gelangt, zumal da an der Stelle, wo eine solche Restriktion, wenn beabsichtigt, eigentlich hingehört hätte, nämlich in dem von den „Ansprüchen der Mitglieder“ handelnden Abschnitt (§ 7 bis und mit 16) etwas derartiges mit keiner Silbe angedeutet ist.

3. Die Kläger verlangen, so wie das Gericht ihr Petitum auffasst, nichts anderes als daß die Fortexistenz ihrer Pensionsansprüche gegenüber der Beklagten in der bisherigen Höhe anerkannt und urtheilsmäßig festgestellt werde und da einerseits das rechtliche Interesse zur Stellung einer solchen Feststellungsklage hier jedenfalls gegeben ist, anderseits nach den bisherigen Ausführungen kein Zweifel darüber herrschen kann, daß eine Modification der klägerischen Provisionsansprüche nicht eingetreten ist, so wird dem Klagebegehren ohne Weiteres zu entsprechen sein.

Offen bleibt natürlich die Frage, bis zu welchem Grade die Kläger ihre an und für sich unverändert gebliebenen Rechtsansprüche gegenüber der Beklagten werden zwangsweise durchführen können. Ist hier richtig, was die Beklagte vorbringt, daß ihre Mittel nicht hinreichen, um den Klägern voll und ganz gerecht zu werden ohne das ganze Institut zu gefährden, so wird darauf bei der Execution allerdings Rücksicht zu nehmen sein.

Den vorwürfigen Prozeß berührt diese Frage indessen nicht.

Anmerkung. Die gegen dieses Urtheil erklärte Appellation ist wieder zurückgezogen worden, weil, wie es scheint, die Nordostbahn sich anheischig gemacht hat, der Hülfskasse die fraglichen Differenzen zu ersetzen.

Rechtsanwendung,

örtliche, bezüglich der Frage, ob eine nach zürcherischem Rechte entstandene Forderung durch Nichtanmeldung in dem auswärts (hier im Kanton Thurgau) über den Schuldner ausgebrochenen Konkurse untergegangen sei.

Der Begriff eines „Civilurtheils" im Sinne von Art. 61 der Bundesverfassung.

Kassationsgericht Zürich, 28. Dezember 1888.
Ernst ca. Vogt.

Ein Alfred Ernst bezog im Jahre 1881, als er in Winterthur wohnhaft war, von dem dortigen Metzger Vogt für 230 Fr. 78 Rp. Fleisch und verlegte dann im Jahre 1883, ohne diese Schuld bezahlt zu haben, seinen Wohnsitz nach Frauenfeld, Kt. Thurgau, woselbst er infolge Insolvenzerklärung in Konkurs gerieth. Die Konkurseröffnung wurde auch im *zürcherischen* Amtsblatt bekannt gegeben und dabei bemerkt: „Da jedoch das Inventar keine Aktiven aufweist, so muß von einer Durchführung des Konkurses abgesehen werden, was hiemit den Gläubigern mit dem Bemerken zur Kenntniß gebracht wird, daß Kreditoren, welche Glückscheine verlangen, ihre Begehren innert 30 Tagen unter Spezifikation ihrer Forderungen auf thurgauischem Stempelpapier bei der Notariatskanzlei Frauenfeld anzumelden haben." Metzger Vogt meldete seine Forderung *nicht* an. Am 30. April 1883 beschloß die Konkurskommission, es seien den Gläubigern, welche Forderungen angemeldet haben, Glückscheine auszustellen und diejenigen Gläubiger, welche ihre Forderungen bis zum 30. April *nicht* angemeldet haben, ihrer Forderungsrechte verlustig erklärt.

Nachher kam Ernst wieder nach Winterthur und nun betrieb ihn Vogt für die 230 Fr. 78 Cts. und erhielt von der Rekurskammer des Obergerichtes Rechtsöffnung. Diesen Entscheid focht Ernst mit der Nichtigkeitsbeschwerde an wegen angeblichen Widerspruchs desselben mit dem thurgauischen Konkursgesetze, wonach die Forderung des Ansprechers erloschen sei und eventuell mit Art. 61 der Bundesverfassung, da laut rechtskräftigen Entscheides des thurgauischen Richters vom 30. April 1883 die Forderung als erloschen erklärt sei. *Die Beschwerde wurde jedoch abgewiesen.*

Gründe:

1. Es kommt nichts darauf an, ob im vorliegenden Falle nach thurgauischem Rechte die Forderung des Beschwerdegegners durch Nichtanmeldung im ausgeschriebenen Konkurse erlochen sei. Die Forderung ist eine Kaufpreisforderung für Waaren, die von dem im Kanton Zürich wohnenden Beschwerdegegner dem damals ebenfalls im Kanton Zürich wohnhaft gewesenen Beschwerdesteller geliefert wurden. Es unterliegt also keinem Zweifel, daß beide Kontrahenten mit Rücksicht auf die aus ihrem Verkehr für den einen oder andern entstehenden Eorderungsrechte sich dem zürcherischen Rechte, also auch den Bestimmungen des zürcherischen Rechtes betreffend Untergang von Forderungen durch Verjährung u. s. f. haben unterwerfen wollen. Nach zürcherischem Rechte geht aber eine Forderung durch Nichtanmeldung im Konkurse des Schuldners nicht unter. Wenn nun der Schuldner, nachdem er nach zürcherischem Rechte sich verpflichtet hat, seinen Wohnsitz in ein Gebiet verlegt, wo zürcherisches Recht auch auf Forderungen, die nach zürcherischem Recht entstanden sind, nicht angewendet wird und wenn nach dem Rechte dieses Gebietes der Untergang einer Forderung an eine Thatsache geknüpft ist, welche vom zürcherischen Rechte als Grund für den Untergang der Forderung nicht anerkannt ist, der Gläubiger aber in diesem Gebiete nicht Recht sucht, so versteht sich von selbst, daß, wenn später der Schuldner seinen Wohnsitz wieder in den Kanton Zürich oder in ein

anderes Rechtsgebiet, wo eine nach zürcherischem Rechte entstandene Forderung nach diesem Rechte beurtheilt wird, verlegt und hier vom Gläubiger belangt wird, der Richter zürcherisches Recht anzuwenden und nicht danach zu fragen hat, ob der Gläubiger Recht finden würde oder nicht, wenn er den Schuldner anderswo belangen würde. Der Umstand, daß im Kanton Thurgau, wo Beschwerdegegner nicht Recht gesucht hat, Beschwerdesteller in Konkurs gerathen und nach thurgauischem Gesetze die Nichtanmeldung einer Forderung im Konkurse mit deren Untergang bedroht ist, hindert also den zürcherischen oder einen andern Richter, der im vorliegenden Falle zürcherisches Recht anwenden darf, an Gutheißung der Klage nicht, gerade wie es ihn an Gutheißung der Klage nicht hindern würde, wenn nach thurgauischem Rechte auch einem nicht in Konkurs befindlichen Schuldner, der sonst seine Schuldverhältnisse bereinigen wollte, gestattet wäre, durch provocatio ad agendum seine Gläubiger zur Anmeldung ihrer Forderungen bei Vermeidung des Untergangs derselben anzuhalten, der jetzige Kläger aber einer im Kanton Thurgau erlassenen provocatio keine Folge gegeben hätte. Anders hätte es sich verhalten, wenn Beschwerdegegner seine Forderung im Konkurse angemeldet hätte. Damit hätte er sich dem thurgauischen Konkursrechte, wonach er entweder mit dem aus der Masse für ihn Erhältlichen sich hätte begnügen oder auf Befriedigung aus der Masse verzichten und, um seine Forderung vor Untergang zu bewahren, einen Glückschein auswirken müssen, unterzogen. (Siehe auch Ullmer, Supl. No. 3200 und Zeitschrift XXV S. 332 u. f.)

2. Beschwerdesteller macht eventuell geltend, die Forderung des Beschwerdegegners sei durch rechtskräftigen Entscheid des thurgauischen Richters vom 30. April 1883 als erloschen erklärt worden und die spätere Gutheißung der Forderung trotz dieses Entscheides stehe im Widerspruch mit Art. 61 der Bundesverfassung. Nun ist anerkanntermaßen die Bestimmung, daß rechtskräftige Civilurtheile, die in einem Kanton gefällt sind, in der ganzen Schweiz vollzogen werden sollen, auf jeden rechtskräftigen Entscheid in einer Civilsache, sei er in Form eines Beschlusses oder in Form eines Urtheils erlassen, anzuwenden. Ferner unterliegt keinem Zweifel, daß im Sinne dieser Bestimmung liegt, es solle überhaupt die Rechtskraft, die der Entscheid eines kantonalen Richters im Kanton erlangt hat, überall in der Schweiz anerkannt werden, woraus folgt, daß auch der Beklagte der Klage gegenüber sich überall in der Schweiz auf abgeurtheilte Sache berufen kann, wenn Kläger von einem kantonalen Richter rechtskräftig abgewiesen worden ist. Allein unter einem Entscheide im Sinne von Art. 61 der Bundesverfassung ist nur ein Entscheid zu verstehen, welchen der kantonale Richter gegen eine Partei erlassen hat, die ihn angerufen hat oder die seiner Gerichtsbarkeit unterworfen war, nicht aber ein Beschluß, wie der vorliegende, der nicht gegen eine bestimmte Partei gerichtet und der Partei nicht mitgetheilt, sowie von einem Richter erlassen worden ist, den die Partei nicht angerufen hat und dessen Gerichtsbarkeit sie nicht unterworfen war.

Aktiengesellschaft.

Klage des Miteigenthümers einer Aktie, welche der Gesellschaft vom andern Miteigenthümer ohne sein Wissen gegen Baarzahlung zurückverkauft worden ist, auf fortdauernde Anerkennung seiner Mitgliedschaft oder Auszahlung seines Antheils.

Berufung der Gesellschaft auf Art. 637 Abs. 6 des O.-R., wonach sie den Rückkauf vom thatsächlichen Inhaber des Titels ohne jede Legitimationsprüfung mit befreiender Wirkung gegenüber Jedermann bewerkstelligen könne. Verwerfung dieses Standpunktes.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 12. Jenner 1889.
Bryner ca. Consumverein Zürich.

Die am 30. Juni 1876 im Spital zu Basel verstorbene Frau Susanna Bryner-Schultheß war Inhaberin einer Konsumvereinsactie. Als gesetzliche Erben hinterließ dieselbe

drei Enkelinen, die Frau Hulda Kubli geb. Bryner, die Bertha Bryner (heutige Klägerin) und die wegen Geisteskrankheit durch Armenpfleger Grimm in Bassersdorf bevormundete Ida Bryner. Am 9. Dezember 1877 stellte der Letztere zu Handen des Consumvereins eine Erklärung des Inhalts aus, daß er Namens seines Vögtlings (der Ida Bryner) auf deren Antheil an die genannte Aktie zu Gunsten der Hulda Kubli geb. Bryner, als der gewesenen Verpflegerin der gemeinsamen Erblasserin Frau Bryner-Schultheß verzichte. Auf Grund dieser Erklärung und eines Auszuges aus dem Civilstandsregister nahm der Consumverein sodann am 29. Dezember 1877 im soganannten Aktien-Uebertragungsprotokoll Vormerk vom Uebergang der Aktie auf die beiden Schwestern Hulda Kubli geb. Bryner und Bertha Bryner (Klägerin), trug diese Personen ins Vereinsmitgliederverzeichniß ein und stellte einen neuen Aktienschein aus auf den Namen der Hulda Kubli geb. Bryner und deren Schwester (Bertha). Diesen Aktienschein empfing die Frau Kubli, die auch den ursprünglichen auf den Namen der Erblasserin ausgestellten Titel besessen hatte und diesen Besitz beutete sie sodann zu ihrem persönlichen Vortheil aus. Zunächst bestellte dieselbe (und zwar nunmehr, nachdem sie inzwischen geschieden worden und sich wieder verheirathet hatte, *als Frau Lüscher*) einer Frau Rüegg in Außersihl für eine Schuld von 65 Fr. ein Faustpfandrecht an der Aktie und als sie Anfangs 1887 neuerdings Geld nöthig hatte, stellte sie beim Consumverein das Gesuch um Rückkauf der Aktie, worauf ihr geantwortet wurde, daß man auf den Antrag eintrete, wenn eine Austrittserklärung, in der üblichen Form ausgestellt und mit den beglaubigten Unterschriften sowohl ihrer Person, als der Schwester Bertha Bryner versehen, eingereicht werde. Frau Lüscher erhielt einen vom 21. Jenner 1887 datirten, hektographirten Schein des Inhalts: „Die Unterzeichneten, Inhaber der Aktie No. 339 erklären hiemit ihren Austritt aus dem Consumverein Zürich" mit dem Auftrag, solchen selbst zu unterzeichnen, die Unterschrift ihrer Schwester Bertha einzuholen, beide Unterschriften beglaubigen zu lassen und sodann den Schein wieder einzusenden, worauf ihr der Rückkaufpreis abzüglich der Pfandforderung von 65 Fr., die der Consumverein direkt decken wolle, zugeschickt werde. Frau Lüscher, die damals in Buchs (Kt. Aargau) wohnte, unterschrieb den Schein und setzte demselben fälschlicherweise auch die Unterschrift ihrer Schwester Bertha Bryner bei, weil sie den Rückkaufspreis für sich allein verwenden und die Schwester leer ausgehen lassen wollte, Der Gemeindammann Hächler in Buchs, welcher die beiden Unterschriften beglaubigen sollte, verlangte, daß Bertha Bryner ihre Unterschrift ihm gegenüber anerkenne, worauf Frau Lüscher versprach, dieselbe auf sein Bureau zu schicken. Statt der Schwester schickte sie dann aber eine Frau Karolina Meier, die sich verabredungsgemäß als Bertha Bryner ausgab und die Unterschrift als die ihrige erklärte. Darauf hin beglaubigte der Gemeindammann die beiden Unterschriften, Frau Lüscher schickte den Schein an den Consumverein zurück und erhielt am 25. Januar 1887 per Post den Rückkaufpreis der Aktie mit 340 Fr. abzüglich der Faustpfandforderung der Frau Rüegg von 65 Fr., also mit netto 275 Fr. zugesandt.

Als Bertha Bryner später den Sachverhalt erfuhr, strengte sie beim Statthalteramt Zürich gegen ihre Schwester, Hulda Lüscher eine Betrugsklage an, am 20. Februar 1888 wurde aber die Untersuchung sistirt, weil der Betrug in Buchs vollendet worden sei und deßhalb beim Bezirksamt Aarau geklagt werden müsse. Da die aargauischen Behörden gegentheils die zürcherischen für competent hielten, geschah in der Sache nichts weiter und schließlich belangte Bertha Bryner den Consumverein vor dem Einzelrichter des Bezirksgerichtes Zürich auf Bezahlnng des Werthes ihres Aktienantheils mit 91 Fr. 66 gleich $^1/_3$ der an Frau Lüscher ausgerichteten 275 Fr. Mit Erkenntniß vom 30. Oktober 1888 hieß der Einzelrichter die Klage in vollem Umfange gut.

Der Consumverein griff aber diese Entscheidung mit der Nichtigkeitsbeschwerde an und machte dabei neben vielen andern Nichtigkeitsgründen auch denjenigen des offen-

baren Widerspruchs derselben mit dem Art. 637 Abs. 6 des O.-R. geltend. Die Konsumvereinsactien seien zwar laut den Statuten allerdings *an Dritte* nicht übertragbar, wohl aber können sie an den Verein selbst zurückverkauft werden und nach der citirten Gesetzesstelle dürfe dieser jeden thatsächlichen Inhaber des Aktienscheines ohne Prüfung der Legitimation als zum Rückverkauf befugt betrachten, also das Rückkaufsgeschäft auch mit ihm abschließen und den Rückkaufspreis mit befreiender Wirkung auszahlen, was Alles von der vorderrichterlichen Entscheidung verkannt werde.

Die Nichtigkeitsbeschwerde wurde abgewiesen und zwar bezüglich des angeführten Beschwerdepunktes

aus folgenden Gründen:

Auch die Ansicht, daß der angefochtene Entscheid mit der klaren Vorschrift des Art. 637 Absatz 6 des O.-R. in offenbarem Widerspruch stehe, kann nicht getheilt werden. Nach der citirten Gesetzesbestimmung kann eine Aktiengesellschaft jeden Inhaber einer übertragbaren Namensaktie, der sich ihr als rechtsmäßigen Erwerber vorstellt, ohne Prüfung als solchen anerkennen und folglich die betreffende Aktie auch mit befreiender Wirkung von ihm zurückkaufen. Diesen Satz verkennt nun aber das angefochtene Erkenntniß durchaus nicht. Es findet ihn bloß deßwegen auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar, weil die Aktien des Konsumvereins an Dritte nicht übertragbar sind und es annimmt, daß der Art. 637 nur eine solche Uebertragung und nicht eine Uebertragung an die Gesellschaft selbst im Auge habe. Was aber die letztere Ansicht betrifft, so ist sie gewiß richtig, denn sobald Namenaktien nach den Statuten an Dritte überhaupt nicht übertragbar sind, darf die Gesellschaft gewiß auch keinen Dritten als berechtigten Inhaber anerkennen. Thut sie das dennoch, so macht sie sich gegenüber dem wirklichen Mitgliede einer Statutenverletzung schuldig. Der Art. 637 setzt die Uebertragbarkeit an Dritte voraus und behandelt nur den Fall, wo eine solche Uebertragung von einem dritten Inhaber geltend gemacht wird, indem er bestimmt, daß diese Geltendmachung von der Gesellschaft ohne Prüfung anerkannt werden könne. Hier handelt es sich nun aber um eine nicht an Dritte übertragbare Aktie. Die Frau Lüscher hat sich denn auch gar nicht als Erwerbin des der Klägerin zustehenden Aktienantheils ausgegeben und handelte es sich gar nicht um ihre Anerkennung als Alleineigenthümerin des Aktientitels. Sollte aber die Meinung des Beschwerdeführers die sein, daß er befugt sei, jeden thatsächlichen Inhaber einer Aktie als den Namensträger derselben zu betrachten, so ist darauf zu erwidern, daß hier die Anerkennung oder Nichtanerkennung dieses Satzes schon deßwegen völlig gleichgültig ist, weil der Consumverein beim Rückkauf ja wußte, daß die Aktie nicht der Frau Lüscher allein, sondern ihr und ihrer Schwester Bertha gehöre und weil er auch durchaus nicht mit der erstern allein, sondern mit den beiden Geschwistern zu contrahiren glaubte. Mit Rücksicht auf den letztern Umstand kann der Beschwerdeführer nicht einmal behaupten, daß er die Frau Lüscher als Bevollmächtigte ihrer Schwester angesehen habe. Sie hat sich überall nicht als solche ausgegeben, sondern gegentheils, weil ohne Vollmacht, sich anheischig gemacht, die *direkte* Willenserklärung der Bertha Bryner zum Rückkauf der Aktie beizubringen bezw. für deren Uebermittlung besorgt zu sein. Der Consumverein verlangte die Willenserklärung der letztern selbst und die Frau Lüscher übernahm es *für ihn,* deren Uebermittlung zu veranlassen. In Folge eines Betruges, den sich dieselbe dabei zu Schulden kommen ließ, wurde dann der Beschwerdeführer in den Irrthum versetzt, er habe wirklich die Rückkaufserklärung der Klägerin erhalten und sei der Ausscheidungsvertrag folglich auch mit ihr abgeschlossen. Da dieß nicht der Fall ist, so nahm der Vorderrichter an, es sei die Klägerin auch heute noch Mitglied des Actienvereins bezw. sie könne die Wiederaufrichtung der Mitgliedschaft verlangen, ein Schluß, der durchaus nicht gegen klares Recht verstößt. Da sich der Beklagte für diesen Fall damit einverstanden erklärte, daß Klägerin als Mitglied gestrichen bleibe und dagegen ihren Antheil erhalte, so war auch in diesem

Sinne zu erkennen. Wenn man also auch aus dem Art. 637 des O.-R. das herleiten wollte, daß die Aktiengesellschaft beim Rückkauf einer an Dritte nicht übertragbaren Aktie den thatsächlichen Inhaber wenigstens ohne jeden weitern Ausweis als Bevollmächtigten des Berechtigten betrachten dürfe, so wäre das hier deßwegen gleichgültig, weil, wie bereits ausgeführt, ein solches Vollmachtsverhältniß weder vorgegeben noch als vorhanden angenommen worden ist.

Ein Vindikationsstreit.

Bedeutung einer Abstandserklärung im Sühnverfahren. Bedeutung und Tragweite der Nichtbestreitung einer Eigenthumsansprache im Konkurs.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 8. Dezember 1888.

Die Ehefrau eines betriebenen Schuldners sprach die Pfandgegenstände zu Eigenthum an und machte ihre Ansprache auf das Ausweisbegehren des Gläubigers hin beim Friedensrichteramt anhängig. Hier kam indessen eine Verständigung dahingehend zu Stande, daß Klägerin ihre Klage fallen lasse, der Beklagte sich dagegen verpflichte, mit dem Versilberungsbegehren bis zu einem gewissen Zeitpunkte zuzuwarten und der Klägerin bis dahin jede beliebige Abschlagszahlung gestatte. Bevor nun aber der betreffende Termin, mit dem Versilberung hätte begehrt werden können, gekommen war, gerieth der Pfandschuldner in Konkurs und es wurden die Pfandgegenstände als einzig vorhandene Aktiven in die Masse gezogen. Trotz des citirten Vergleiches trat die Ehefrau des Gemeinschuldners auch im Konkurs als Eigenthumsansprecherin auf. Anderseits meldete der Gläubiger Forderung und Pfandrecht an, unterließ es aber, die Eigenthumsansprache zu bestreiten. Die Folge dieser Unterlassung war die auf § 103 Abs. 2 und § 100 des Konkursgesetzes gestützte Annahme des Notars, daß die Eigenthumsansprache als anerkannt gelten müsse, er stellte daher der Ansprecherin darüber eine, Zeugniß betitelte Urkunde aus und es wurde der Konkurs Mangels Aktiven aufgehoben. Nunmehr betrieb der betreffende Gläubiger seinen Schuldner neuerdings, es wurden ihm die gleichen Gegenstände eingepfändet, die Ehefrau trat wieder als Eigenthumsansprecherin auf und nun kam es vor dem Einzelrichter zum Vindikationsprozeß. Der letztere wies die Klage ab, weil Klägerin gegenüber dem Beklagten auf ihr Eigenthum verzichtet habe und dabei zu behaften sei. Von einem später erfolgten Eigenthumserwerb durch Anerkennung im Konkurs sei keine Rede.

Die Klägerin focht diese Entscheidung mittelst der Nichtigkeitsbeschwerde an, indem sie geltend machte:

1. Das Erkenntniß verstoße gegen die klaren Bestimmungen der §§ 64—66 des Schuldbetreibungsgesetzes, weil der Einzelrichter dem von ihr im frühern Vindikationsstreit erklärten Klagerückzug die Bedeutung eines *unbedingten* Verzichtes auf ihr Eigenthum beilege, während der damalige Klagerückzug nach den citirten Gesetzesstellen nur für jenen Prozeß Bedeutung gehabt, bloß die Anerkennung des *damaligen* beklagtischen Pfandrechtes in sich geschlossen habe, und

2. das Erkenntniß stehe in offenbarem Widerspruch mit dem § 132 des Konkursgesetzes, weil diese Bestimmung keinen Zweifel darüber aufkommen lasse, daß die Nichtbestreitung ihrer Ansprache im Konkurs einen neuen Erwerbstitel bilde.

Die Nichtigkeitsbeschwerde wurde abgewiesen.

Gründe:

Die §§ 64—66 des Schuldbetreibungsgesetzes behandeln bloß den Fall der *Verwirkung* der Eigenthumsklage in Folge Nichtanhängigmachung derselben gegenüber dem Ausweisbegehren des Gläubigers oder in Folge nicht rechtzeitiger Einreichung beim Gericht. Mit einem solchen Fall aber haben wir es in concreto gar nicht zu thun, woraus von selbst folgt, daß in der gerügten Annahme des Einzelrichters auch nicht eine Verletzung der citirten Gesetzesstellen gefunden werden kann. Denn die Klägerin

hat im Jahre 1886 ihre Eigenthumsklage beim Friedensrichteramt eingeleitet und es hat dieselbe sodann ihre Erledigung durch Vergleich gefunden, nach welchem Frau Wegmann ihre Ansprache zurückzog gegen das Versprechen des Beklagten mit der Versilberung bis Ende März 1887 zuzuwarten und der Klägerin jede Abschlagszahlung zu gestatten. Wäre die Klage beim Gericht eingeleitet und erst dann zurückgezogen worden, so hätte diesem Klagerückzug nach § 441 des Rechtspflegegesetzes ohne Zweifel die gleiche Bedeutung beigelegt werden müssen wie einer durch rechtskräftiges Urtheil erfolgten Klageabweisung d. h. es hätte unter den Parteien als ein und für alle Mal entschieden gelten müssen, daß die Klägerin nicht Eigenthümerin der betreffenden Gegenstände sei; von einer Einschränkung dieser Wirkung auf das damalige Pfandrecht des Beklagten wäre keine Rede gewesen. Nun ist die Abstandserklärung im Sühnverfahren erfolgt und daraus resultirt, daß ihr nicht ohne Weiters jene Wirkung beigelegt werden kann, sondern vielmehr die Bedeutung derselben Sache freier Interpretation des Richters ist (siehe H. E. Bd. IV. Seite 95). Der Einzelrichter hat den Vergleich vom 9. Nov. 1886 dahin ausgelegt, es habe die Klägerin ihre Eigenthumsansprache gegenüber dem Beklagten ein und für alle Mal, jedenfalls aber mit Bezug auf die hier in Frage kommende Forderung unbedingt fallen lassen wollen und die darin liegende Beurteilung einer reinen That- und Beweisfrage ist auf dem Kassationswege nicht anfechtbar um so weniger als für die Richtigkeit derselben auf den Umstand verwiesen werden kann, daß die Klägerin nach Inhalt des Vergleiches sogar die Leistung von Abschlagszahlungen in Aussicht gestellt zu haben scheint.

2. Ebenso unhaltbar ist die Auffassung, daß das angefochtene Erkenntniß mit dem § 132 des Konkursgesetzes in offenbarem Widerspruch stehe. Diese Gesetzesstelle sieht nicht, wie die §§ 98 und 122 des frühern Konkursgesetzes eine förmliche Eigenthumszufertigung vindicirter Gegenstände an die Vindikanten vor, sondern sie sagt bloß, daß angesprochene Gegenstände, sobald die Ansprache anerkannt sei, von den Ansprechern aus der Masse gezogen werden können, eine Bestimmung, die auch ohne ihre Aufnahme ins Gesetz so ziemlich selbstverständlich gewesen wäre. Die Klägerin geht viel zu weit, wenn sie in der citirten Bestimmung den Ausspruch findet, daß die Nichtbestreitung einer Eigenthumsansprache im Konkurs einen neuen selbständigen Eigenthumserwerbstitel begründe. Davon ist keine Rede. War sie nicht schon vorher Eigenthümerin, so ist sie es auch durch die Nichtbestreitung ihrer Ansprache im Konkurse nicht geworden. Diese Auffassung wird auch durch die sogenannte Eigenthumszufertigung des Notars nicht geändert, denn diese ist gar keine Eigenthumszufertigung, sondern nur eine Bescheinigung des Notars, daß die Eigenthumsansprache nicht bestritten und deßhalb die Gegenstände aushingegeben worden seien. Nicht einmal die Wirkung hat die bloße Nichtbestreitung einer Eigenthumsansprache im Konkurse, daß gegenüber *jedem* Dritten als festgestellt betrachtet werden müßte, es gehören die fraglichen Gegenstände nicht dem Gemeinschuldner, sondern dem Vindikanten. Es kann sich vielmehr nur um die Frage handeln, ob die letztere Thatsache nicht gegenüber denjenigen Personen als feststehend angesehen werden müsse, welche im fraglichen Konkurse als Creditoren betheiligt waren und die Ansprache gleichwohl nicht bestritten haben. Allein wenn ein Richter auch das letztere nicht unbedingt, sondern nur in dem beschränkten Sinne anerkennt, daß in der Nichtbestreitung bloß eine Anerkennung für den betreffenden Konkurs liege, so kann darin eine Verletzung *klaren* Rechtes nicht gefunden werden. Denn eine, die Frage in klarer Weise lösende Gesetzesbestimmung existirt gar nicht und der § 100 des Konkursgesetzes, wonach die Nichtbestreitung einer Ansprache bloß die Unmöglichkeit ihrer Anfechtung *im obschwebenden Konkurs* in sich schließt, spricht eher für die Richtigkeit der letzteren Auffassung.

Verkauf

von Thieren aus dem Pferdegeschlecht *zum Schlachten*. Die Nachwährschaftspflicht des Verkäufers richtet sich nicht nach den Grundsätzen des Konkordates, sondern nach denjenigen des schweiz. Obligationenrechts.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 1. Dezember 1888, i. S. Hertler ca. Geser.

Ein Beklagter, der vor dem Einzelrichter auf Bezahlung einer Darlehensforderung von 157 Fr. 60 belangt wurde, stellte die Compensationseinrede mit einer Gegenforderung von 80 Fr., weil das Fleisch eines ihm vom Kläger um diesen Betrag *zum Schlachten* verkauften Pferdes vom Fleischschauer als ungenießbar erklärt worden sei. Der Einzelrichter verwarf die Einrede mit der Begründung, es seien die Vorschriften des Konkordates über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel nicht beobachtet und auch dessen Voraussetzungen nicht nachgewiesen worden. Diese Begründung wurde indessen vom Beklagten mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten und er siegte ob.

Gründe:

1. Der Kassationskläger bekämpft die vom Einzelrichter dem Konkordat gegebene Auslegung und den Ausschluß der Bestimmungen des Oligationenrechtes im vorliegenden Falle mit Recht. Der § 17 des Konkordates nimmt den Fall des Verkaufs von Rindvieh *zum Schlachten* von den Bestimmungen des ersten Theils des Konkordates ausdrücklich aus und es darf wohl angenommen werden, daß hier auch der Schlachtthiere aus dem Pferdegeschlecht Erwähnung geschehen wäre, wenn zur Zeit des Konkordatsabschlusses der Genuß von Pferdefleisch eine solche Verbreitung gehabt hätte, wie er seither gewonnen hat. Aber auch abgesehen hievon ergibt es sich aus den Bestimmungen des ersten Theils des Konkordates, daß derselbe nur den Handel mit Thieren *zum Gebrauch*, nicht mit solchen zum Schlachten und zur Fleischbenutzung im Auge hat; die Währschaftsmängel wären sonst in anderer Weise umschrieben und keine Förmlichkeiten vorgeschrieben worden, die beim Schlachten gar nicht innegehalten werden können. Wenn aber das Konkordat auf den vorliegenden Fall gar keine Anwendung findet, so kommen die Bestimmungen des Obligationenrechtes zur Anwendung und es verstößt alsdann das angefochtene Erkenntniß gegen den klaren Wortlaut von Art. 243 des O.-R. Es ist nämlich in der Hauptverhandlung unbestritten geblieben, daß als beim Vertragsabschluß vorausgesetzter Gebrauch der Sache das Schlachten behufs Fleischgewinnung anzusehen ist; ferner ist anerkannt worden, daß auf Befehl des Fleischschauers alles Fleisch beseitigt werden mußte, die Wegbedingung der Nachwährschaft aber (Art. 244 O.-R.) ist nicht behauptet worden.

Die Nichtigkeit des angefochtenen Erkenntnißes ist somit auszusprechen und ein neues Urtheil zu fällen, das nach den bisherigen Ausführungen auf Gutheißung der gestellten Compensationseinrede zu lauten hat.

Prozessualisches.

Beweis durch Privaturkunden. Bestreitung der Aechtheit des Urkundeninhalts. Beweisfrage und Beweismittel.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 11. Dezember 1888.

Der Cessionar einer grundversicherten Forderung belangte, nachdem er im Konkurse des Schuldners vollständig leer ausgegangen war, den Cedenten aus dem Titel der Nachwährschaft auf Schadenersatz gestützt darauf, daß die schriftliche Cessionsurkunde sage, es cedire der Angesprochene die Forderung „mit unbedingter Garantie". Der letztere antwortete auf die bezügliche Bestreitung nicht nur mit Rechtsvorschlag, sondern als Rechtsöffnung begehrt wurde, mit einer Strafklage, weil der Ansprecher die Worte der Cessionsurkunde: „mit unbedingter Garantie" erst nachträglich in betrügerischer Weise hineingesetzt habe. Es kam zur schwurgerichtlichen Anklage auf Betrugsversuch, die Geschwornen fanden aber den Schuldbeweis nicht

genügend und sprachen den Angeklagten frei. Nunmehr erhob dieser den Nachwährschaftsanspruch neuerdings und betrat, als er im summarischen Verfahren wiederum abgewiesen wurde, den ordentlichen Rechtsweg, allein auch hier ging es ihm nicht besser, denn beide Instanzen verwarfen die Klage, im Wesentlichen davon ausgehend, es habe die Strafuntersuchung so viele und so schwerwiegende Verdachtsgründe für die behauptete Fälschung des Cessionsinhalts zu Tage gefördert, daß die Beweiskraft der Cessionsurkunde als dahingefallen bezeichnet werden müsse.

Zweitinstanzlich wird darüber kurz gesagt:

Die erste Instanz bezeichnet es als eine *Rechts*vermuthung, daß der Inhalt einer Privaturkunde vom Unterzeichner gewollt sei, sobald die Aechtheit der Unterschrift feststehe und führt aus, daß der Unterzeichnete nicht darauf abstellen könne, daß er den Inhalt des Unterschriebenen nicht gekannt habe, wenn er die Unterschrift als ächt anerkenne, sofern nicht gewichtige Verdachtsgründe jene Rechtsvermuthung zerstören. Eine solche *Rechts*vermuthung besteht nun aber nicht. Von Rechtsvermuthung kann überhaupt nur da die Rede sein, wo das Recht, für uns also das Gesetz, dem Richter einen bestimmten Schluß aus gewissen Thatsachen vorschreibt. Nirgends ist in unserm Rechte die Vermuthung aufgestellt, daß von der Anerkennung einer Unterschrift auf die Anerkennung des Inhalts der Urkunde geschlossen werden müsse. Die Beweiskraft einer Privaturkunde hängt vielmehr von dem freien richterlichen Ermessen ab. Eine *thatsächliche* Vermuthung dagegen in dem erwähnten Sinne wird allerdings in vielen Fällen bestehen und die Veranlassung bieten können, dem Unterzeichner, welcher die Aechtheit des Urkundeninhalts und die aus der Urkunde folgende Verpflichtung bestreitet, den Beweis der Unächtheit zu überbinden. Sobald aber, wie im vorliegenden Fall, so viele Verdachtsgründe für die Fälschung der Urkunde vorliegen, daß jene bloß thatsächliche Vermuthung durch dieselben als vollkommen erschüttert gelten muß, hat der Richter die Beweislast wieder umzukehren d. h. demjenigen den Beweis der Aechtheit zu überbinden, welcher aus der Urkunde ein Recht ableitet. Dieß ist hier der Kläger und da er den Aechtheitsbeweis nicht geleistet hat, so muß die Klage abgewiesen werden.

Faustpfandrecht an einer Forderung.

Die Zahlung der verpfändeten Forderung nach erfolgter Notification der Verpfändung befreit den Schuldner nicht und es muß deßhalb der Pfandgläubiger sein Pfandrecht realisiren und kann nicht einfach den Schuldner der Forderung, weder mit der Pfand- noch mit der Deliktsklage auf Schadloshaltung belangen.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 29. Dezember 1888.

Der Buchhändler Cäsar Schmiedt in Zürich bezahlte seinem angeblichen Gläubiger Hermann Peschke eine Forderung, trotzdem dieselbe dem Advokaten Dr. Ernst verpfändet und ihm die Verpfändung notificirt worden war. Er wurde deßhalb von dem letztern als Pfandgläubiger auf nochmalige Zahlung belangt, die Klage vom Einzelrichter aber mit der kurzen Begründung abgewiesen, daß die Forderung des Peschke an Schmiedt noch bestehe, der Kläger aber weder eine freiwillige noch eine nothwendige Cession nachzuweisen vermöge und daher zur Klage nicht legitimirt sei. Der letztere griff diese Entscheidung mit der Kassationsbeschwerde an, unterlag aber auch hier.

Gründe:

1. Der Vorderrichter hat seinen Entscheid nicht hinreichend begründet. Denn im ganzen Klagevortrage findet sich nirgends eine Andeutung, daß Kläger sich als Cessionar des Peschke betrachte, sondern derselbe stützt sich einzig und allein auf sein Faustpfandrecht an der Forderung in Verbindung damit, daß dieselbe an den Faustpfandschuldner statt an ihn bezahlt worden sei. Seine Klage ist daher zunächst als die dingliche Klage des Faustpfandgläubigers aufzufassen und

eventuell, wie dieß namentlich in der Kassationsbeschwerde betont wird, als eine obligatorische Klage aus Delikt. Der Vorderrichter hätte daher zu prüfen gehabt, ob auch diese Rechtsgründe nicht zur Gutheißung der Klage führen und da er es nicht gethan hat, so ist der Kassationsrichter verpflichtet, eine Nachprüfung vorzunehmen. Dagegen kann eine Kassation des Urtheils nur dann ausgesprochen werden, wenn sich ergibt, daß durch die Verwerfung der Klage eine klare Rechtsvorschrift verletzt worden ist und diese Voraussetzung trifft nicht zu, weßhalb die Beschwerde verworfen werden muß.

2. Was zunächst die dingliche Klage des Faustpfandgläubigers anbetrifft, so beruht dieselbe darauf, daß durch die Zahlung an Peschke die Forderung getilgt und an deren Stelle das bezahlte Geld getreten sei. Und nun wäre die Klage allerdings unter dieser Voraussetzung nicht nur gegenüber dem Peschke, der das Geld erhalten und entfremdet hat, sondern auf Grund des vorhandenen bösen Glaubens auch gegenüber dem Beklagten gutzuheißen. Allein diese rechtliche Konstruktion widerspricht der gemeinrechtlichen Theorie, nach welcher, wenn eine verpfändete Forderung statt an den Faustpfandgläubiger an den Gläubiger der Forderung bezahlt wird, dieselbe, ganz wie dieß unbestrittenermaßen bei einer cedirten Forderung der Fall ist, gar nicht getilgt wird, welche Theorie auch diejenige des früheren zürcherischen Rechts zu sein scheint (siehe Ullmers Commentar zu § 859 Nr. 1310 Zif. 3). Nun ist es freilich auffallend, daß sich im schweizerischen Obligationenrecht kein positiver Anhaltspunkt dafür findet, daß diese keineswegs selbstverständliche Theorie auch unter der Herrschaft dieses Gesetzes Geltung habe, allein es liegt auf der Hand, daß es nicht als ein Verstoß gegen klares Recht betrachtet werden kann, wenn dieselbe als auch jetzt noch fortbestehend betrachtet wird.

3. Sobald das letztere angenommen wird, kann die Klage auch nicht als Deliktsklage gutgeheißen werden, denn der Kläger ist gar nicht geschädigt, da er ja bloß die ihm verpfändete Forderung durch Rechtstrieb zu realisiren und anzukaufen braucht, um sie dann gegen den Beklagten geltend machen zu können.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. März 1889. VIII. Band. № 4.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die „Amerikanische Schweizer-Zeitung", 18 Ann Str., New-York.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Handelsgericht Zürich,

14. Dezember 1888.

Ghiron Consolo in Casale Montferato (Italien), Kläger, ca.

Herdy und Güntert in Außersihl, Beklagte.

Kauf nach Muster.

Umfang der Gewährleistungspflicht des Verkäufers für thatsächliche Mängel.

Der Agent des Klägers auf hießigem Platze, Michael Speich, übergab den Beklagten im März 1888 ein Weinmuster (Piemonteser) bestehend in 2 Halbliterflaschen und nahm sodann auf Grund desselben eine Bestellung auf einen Waggon des genannten Weines entgegen. Der Preis wurde auf 32 Fr. per Hektoliter *franko Zürich*, Ziel 3 Monate, festgesetzt. In dem Schreiben, mit welchem der Agent die Bestellung an sein Haus übermittelte, ist gesagt, die Käufer wollen, da sie schon bezügliche Anstände mit der Gesundheitskommission gehabt, versichert sein, daß der Wein Naturwein sei.

Am 26. März 1888 wurde der Wein in 9 Fässern der Eisenbahn zur Beförderung übergeben. Er langte laut dem Frachtbrief am 2. April im Bahnhof Zürich an und wurde am 4. April den Beklagten zugeführt. Im Begleitschreiben zu der Faktur, die auf den Betrag von 1744 Fr. lautet, versicherte der Kläger, daß der Wein musterconform und ganz real sei, was die chemische Untersuchung sofort herausstellen werde.

Am 4. April schrieben die Käufer dem Kläger, sie haben den Wein unter dem Vorbehalte in Empfang genommen, daß derselbe vom Chemicker des städtischen Laboratoriums als reiner Naturwein aus Piemont erkannt werde und am 8. April stellten sie sodann die Sendung zur Verfügung, weil der Wein nach dem Resultat der chemischen Analyse eine bedeutende Quantität Eßigsäure enthalte. Der Kläger protestirte gegen die Dispositionsstellung, die Beklagten aber beharrten darauf und übermittelten jenem am 18. April eine Copie des Befundberichtes des Stadtchemickers vom 7. April, laut welchem 1 Muster Piemonteser Rothwein, das dem städtischen Laboratorium am 5. April von M. Herdy in Außersihl zur Untersuchung übergeben worden war, bezüglich Realität nicht beanstandet, jedoch als an sogenanntem Essigstich erkrankt bezeichnet wurde, weil es auf 1 Liter 2,30 ‰ flüchtige Säure als Essigsäure enthalte.

Mit Brief vom 22. April berief sich der Kläger darauf, daß sich der Vorbehalt der

Beklagten bei der Bestellung lediglich auf die Qualität des Weines als Naturwein bezogen habe, diese Eigenschaft aber vorhanden sei und bemerkte im Uebrigen, daß wenn auch die chemische Untersuchung etwas mehr Essigsäure als nothwendig constatirt habe, diesem Umstand keine Bedeutung zukomme, weil der Wein mit dem Muster übereinstimme; wenn derselbe übrigens schon bei der Ankunft an Essigstich gelitten hätte, würde man das beim Kosten sofort bemerkt haben. Die Antwort der Beklagten vom 25. April lautete dahin, daß sie die Sendung zur Verfügung des Klägers dem Lagerhaus übergeben haben.

Am 6. Juli leitete der Kläger die Kaufpreisklage ein und bestritt vor Gericht, daß die Beklagten den Kauf aus dem Gesichtspunkte der Gewährleistung des Verkäufers für thatsächliche Mängel der Kaufsache wieder aufheben können. Er hafte nur dafür, daß der Wein musterconform und Naturwein sei. Die letztere Eigenschaft liege außer Streit und was die Musterconformität betreffe, so habe nicht er deren Vorhandensein, sondern die Beklagten das Nichtvorhandensein derselben zu beweisen, weil sie das Verkaufsmuster ganz offenbar nicht mehr vorweisen können (Art. 268 O.-R.), diesen Beweis zu führen sei aber schlechterdings unmöglich. Es werde bestritten, daß der Wein beim Abgang in Italien oder bei der Ankunft in Zürich an Essigstich erkrankt gewesen sei. Die letztere Behauptung werde aber durch das Gutachten des Stadtchemickers durchaus nicht bewiesen, weil der Kläger bestreite, daß das der Untersuchung zu Grunde gelegene Muster dem streitigen Weine entnommen worden sei und eventuell nicht zugebe, daß die Musterziehung in einer Weise stattgefunden habe, die das gezogene Muster als zuverläßigen Representant der ganzen Sendung erscheinen lasse. Die Frage, ob der behauptete Essigstich vorhanden sei oder nicht, müsse übrigens auch deßwegen als unerheblich erklärt werden, weil ja auch das Verkaufsmuster daran erkrankt gewesen sein könne, was allerdings zunächst in Abrede gestellt werde.

Die Beklagten beharrten darauf, daß ihnen der Wandelungsanspruch zustehe. Allerdings liege ein Kauf nach Muster vor. Allein der Verkäufer hafte nicht nur für die in dem Muster dargestellten und durch dessen Uebergabe *ausdrücklich* zugesicherten Eigenschaften, sondern darüber hinaus, auch für die *stillschweigend* verstandenen Eigenschaften und zu diesen gehöre vor Allem aus die Gesundheit des Weines; ein Wein, der an Essigstich leide, sei aber nicht gesund. Die Musterconformität komme also gar nicht in Frage und übrigens sei das Verkaufsmuster noch intakt vorhanden. Daß das dem Stadtchemicker übergebene Muster dem streitigen Wein entnommen worden sei, werde zum Beweise verstellt.

Die Beklagten brachten ein Halbliterfläschchen Wein bei, das sie als mit dem übergebenen Verkaufsmuster identisch erklärten. Adolf Herdy gab dießfalls die in Art. 267 des O.-R. vorgesehene Versicherung zu Protokoll. Das zweite Halbliterfläschchen sei beim Vertragsschluß und bei der Ankunft des Weines verbraucht worden.

Die Zeugen bestätigen, daß am Morgen des 5. April aus 4—5 oder, wie auch gesagt wird, aus 5—6, jedenfalls aber aus mehr als 2—3 Fässern der streitigen Sendung, wie eine dritte Version lautet, ein Durchschnittsmuster gezogen und intakt dem Stadtchemicker übergeben worden sei.

Ueber die Beschaffenheit des Weines wurde eine Expertise angeordnet und es gelangte der Experte zu folgenden Schlüssen:

1. Der Wein sei zur Zeit an Essigstich erkrankt und heute, so wie er beschaffen, weder als Trinkwein noch als Coupirwein verwendbar.

2. Vorausgesetzt, das dem Stadtchemicker am 5. April 1888 übergebene Muster sei ächt, glaube der Experte annehmen zu dürfen, daß der Wein auch schon damals am Essigstich erkrankt gewesen sei, wenn auch nicht ganz so stark wie heute.

3. Müsse aber die Frage, ob der festgestellte, krankhafte Zustand des Weines schon bei seiner Ankunft in Zürich im nämlichen Umfange vorhanden gewesen sei, oder aber sich erst seither entwickelt habe, ohne Berücksichtigung der Analyse des Stadtchemi-

kers beantwortet werden, so glaube er zunächst sagen zu sollen, daß ein Piemonteser Wein à 32 Fr. per Hektoliter franko Zürich nicht als „Tischwein“ hätte dienen können, sondern anzunehmen sei, daß er für andere Zwecke hätte verwendet werden wollen. Solche Weine werden sehr leicht stichig, wenn sie nicht ganz sorgfältig behandelt werden und daß dann solch refusirte Weine im hießigen Lagerhaus ihrem Schicksal einfach überlassen werden, wisse Jedermann. Es sei auch schon vorgekommen, daß man in Italien nicht gerade die größte Sorgfalt auf die Reinlichkeit von Lager- und Transportfässern gelegt habe, ein Umstand, der das schnellere Stichigwerden der Weine nur befördere. Es sei daher möglich, daß der Wein schon in Piemont einen Keim von Essigstich gehabt habe. Damit stimme aber das angebliche Verkaufsmuster nicht, welches keinen Essigstich habe. Oder der Wein sei erst auf dem Transport aus den angegebenen oder aus andern, nicht nachweisbaren Ursachen stichig geworden. Das Verkaufsmuster stimme mit dem Wein *nicht* überein.

4. Laut Befund des Stadtchemikers habe der Wein am 4. April 2,30 ‰, zur Zeit der Untersuchung durch den Experten aber 2,80 ‰ flüchtige Säure als Essigsäure enthalten. Diese Zunahme sei nicht besonders stark, aber sie zeige die Thätigkeit des Ferments; bei 7monatlicher Lagerung hätte die Zunahme an Essigstich größer sein können.

5. Nach Aussage competenter Fachleute gehöre ein Wein von nur ca. 9 Vol. % Alcoholgehalt, der über 2 ‰ flüchtige Säure als Essigsäure enthalte, nicht in einen anständigen Handel und sollte, weil ungesund, auch nicht mehr als Tisch- oder Coupirwein verwendet werden.

6. Das Fortschreiten der im Zeitpunkt der Ankunft des Weines festgestellten Erkrankung desselben sei als nothwendige Folge der einmal vorhanden gewesenen Erkrankung zu betrachten.

Die Klage wurde abgewiesen.

Gründe:

1. Der Kläger verlangt Bezahlung des Kaufpreises einer Weinlieferung, welche die Beklagten als nicht empfangbar bezeichnen und daher deren Annahme verweigern. Die Parteien gehen zwar darüber einig, daß der Kauf auf Grund eines den Beklagten behändigten Musters abgeschlossen worden ist, indessen beanstanden Letztere die Lieferung nicht sowohl deßhalb, weil dieselbe vom Muster abweiche, als vielmehr wegen des Mangels einer stillschweigend verstandenen Eigenschaft des Weines; sie behaupten nämlich, derselbe sei, weil an Essigstich erkrankt, nicht trinkbar. Der Kläger nimmt seinerseits den Standpunkt ein, er habe für etwas Weiteres nicht einzustehen, als daß der Wein Naturwein und im Uebrigen musterkonform sei. Dieser Anschauung ist indessen nicht beizutreten.

2. Gemäß Art. 243 des O.-R. haftet der Verkäufer dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften als auch dafür, daß die Sache nicht solche Mängel habe, welche ihren Werth oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern. Diese Haftung des Verkäufers erleidet beim Kauf nach Probe nicht etwa eine Einschränkung. Es unterscheidet sich diese besondere Art des Kaufes von dem gewöhnlichen Kaufsgeschäft nur dadurch, daß für die Frage, ob die gelieferte Waare die *zugesicherten* Eigenschaften besitze, die Vergleichung derselben mit dem gegebenen Muster maßgebend ist, unbeschadet der Haftung des Verkäufers für alle weitere Eigenschaften, welche als stillschweigend verstanden gelten. Die Gewähr des Verkäufers beim Kauf nach Probe erstreckt sich über die gesetzesgemäße Beschaffenheit der Kaufsache hinaus auf diejenigen Eigenschaften, welche das Muster repräsentirt. Indessen findet auch auf den Kauf nach Probe der Art. 245 des O.-R. entsprechende Anwendung, wonach der Verkäufer nicht haftet für solche Mängel, welche der Käufer bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte entdecken müssen. Der Verkäufer hat also nicht einzustehen für Mängel, welche schon dem Muster offensichtlich anhafteten, es sei denn, daß er deren Nichtvorhandensein an der zu liefernden Waare zugesichert hätte. Wenn also das den Beklagten behändigte Verkaufsmuster schon den Essigstich gehabt hätte und zwar

in einem Grade, daß dieser Defekt den Käufern sofort hätte bemerkbar werden müssen, so wäre der Kläger der Gewährspflicht enthoben. Nun hat aber Letzterer in der Hauptverhandlung zunächst bestritten, daß schon das Muster an Essigstich gelitten habe und damit auf die Einrede der Erkennbarkeit der Mängel verzichtet.

3. Wenn man von der gewöhnlichen Verwendung des Weines ausgeht, so wird als stillschweigend vorausgesetzte Eigenschaft desselben, für welche der Kläger über die Musterkonformität hinaus einzustehen hat, angesehen werden müssen, daß er gesund, d. h. dem Menschen zuträglich sei. Geringe Spuren von Essigsäure finden sich in jedem Weine, nun war aber von den Beklagten zum Beweise verstellt, daß der streitige Wein mit Essigstich behaftet sei und zwar soll dieser übermäßige Gehalt an Essigsäure schon zur Zeit der Ankunft des Weines in Zürich konstatirt worden sein.

4. Maßgebend ist natürlich der Zustand des Weines bei der Ablieferung am vertraglichen Erfüllungsort, da mit diesem Moment die Gefahr der Verschlechterung auf den Käufer überging. Nun kann aber nach dem Inhalte der Kaufsabrede keinem Zweifel unterliegen, daß der Wille der Contrahenten dahin gegangen ist, es solle der Wohnort der Käufer als Ort der Erfüllung gelten. Hiefür spricht einerseits der Umstand, daß die Lieferung „franko Zürich“ vereinbart war, anderseits der Mangel einer Bemerkung in der Faktur des Inhaltes, daß die Sendung auf Gefahr der Käufer gehe. In diesem Falle ist also die Gefahr des Transportes bis zum Bestimmungsort beim Verkäufer verblieben, weßhalb auch das Zeugenbeweisanerbieten des Klägers, daß der Wein bei der Verladung in Italien keinen Essigstich gehabt habe, als unerheblich bezeichnet werden muß.

5. Gemäß Art. 248 des O.-R. liegt dem Verkäufer, der die von einem andern Orte übersendete Waare beanstanden will, ob, den Thatbestand ohne Verzug gehörig feststellen zu lassen. Die Art und Weise des Vorgehens der Beklagten in dieser Sache dürfte nun aber kaum als eine gehörige Feststellung gelten. Es hätte zum Mindesten verlangt werden können, daß die Musterziehung in Gegenwart des Gemeindammanns geschehe und daß hierüber ein Verbalprozeß aufgenommen werde. Nun haben aber die Beklagten den Beweis dafür angetreten, daß der Essigstich schon zur Zeit der Empfangnahme des Weines vorhanden gewesen sei, und zwar durch den Befund des Stadtchemikers vom 7. April 1888 in Verbindung mit Zeugen dafür, daß das dem Stadtchemiker übergebene Muster von der streitigen Weinlieferung herrühre und dieser Beweis darf als genügend geleistet betrachtet werden.

Durch die einvernommenen Zeugen, welche durchaus den Eindruck der Glaubwürdigkeit machten, und mit der Behauptung, daß sie als Angestellte der Beklagten in einem Abhängigkeitsverhältniß zu denselben stehen, nicht einfach beseitigt werden können, ist festgestellt, daß am Tage nach der Ankunft des Weines die Musterziehung in der Weise vorgenommen wurde, daß mehreren Fässern durch Oeffnen des Spundloches Wein entnommen, in eine grössere Flasche gefüllt, und daß aus dieser ein kleineres Musterfläschchen abgefüllt und durch den Reisenden Kläger sofort dem Stadtchemiker zur Untersuchung überbracht wurde. Die Zeugen sind allerdings nicht ganz sicher bezüglich der Zahl der geöffneten Fässer, der eine spricht von 4—5, der andere von 5—6 Fässern, die Hauptsache ist jedoch, daß das Muster einer Mehrzahl von Fässern entnommen worden ist, und daß die in der Hauptverhandlung vom klägerischen Vertreter aufgestellte Vermuthung, es könnte das Muster aus *einem* Faß herstammen, und zwar zufällig gerade aus einem, das erkrankt gewesen sei, beseitigt ist. Ein Durchschnittsmuster aus 4—5 Fässern dürfte, wenn dasselbe auch richtiger Weise allen Fässern entnommen worden wäre, bei einer Lieferung von im Ganzen 9 Fässern genügen.

6. Der Experte Konradin kommt in seinem schriftlichen Gutachten zu dem Schlusse, daß wenn auf den Bericht des Stadtchemikers vom 7. April abgestellt werden dürfe, und und dies ist nach dem Gesagten der Fall, so könne als konstatirt betrachtet werden, daß der Wein schon bei der Ankunft in Zürich an Essigstich erkrankt gewesen sei, „wenn

auch" — wurde beigefügt — „nicht ganz so stark wie er es heute ist," und daß der Wein in seiner gegenwärtigen Beschaffenheit weder als Tisch- noch als Coupirwein zu verwenden sei. Durch die vom Experten heute ertheilten Aufschlüsse ist weiter festgestellt, daß der Essigstich seit der Untersuchung des Weines durch den Stadtchemiker nicht bedeutend zugenommen, daß schon der damals konstatirte Gehalt an Essigsäure die Verwendung des Weines als Tisch- oder Coupirwein ausgeschlossen hat und daß der heutige Grad der Erkrankung die selbstverständliche Folge jenes schon bei der Ankunft vorhandenen Defektes ist.

Der Vertreter der Kläger hat in der Experteninstruktion und nachher in seiner schriftlichen Eingabe vom 16. November 1888 geltend gemacht, der Wein sei dazu bestimmt gewesen, mit Kunstwein, Rosinenwein oder ähnlichen Fabrikaten, welche zu wenig Säure enthalten, gemischt zu werden, und er hat den Experten fragen wollen, ob der Wein hiezu nicht auch heute noch tauglich sei. Allein auf diesen Standpunkt war nicht einzutreten, weil eine solche Verwendung in der Hauptverhandlung nicht geltend gemacht worden war und bis zum Beweise des Gegentheils immer von dem gewöhnlichen und hauptsächlichen und nicht von einem anrüchigen Gebrauche auszugehen ist.

7. Nach der im Eingang niedergelegten Ansicht, daß der Kläger über die Musterkonformität hinaus für die Gesundheit des Weines einzustehen habe, ist daher auf Grund der Feststellungen des Experten die Wandelungseinrede des Beklagten ohne Weiteres als begründet zu erklären und demnach die Kaufpreisklage abzuweisen.

Handelsgericht Züich,
14. Dezember 1888.

Schellenberg u. Bruppacher, Weinhandlung in Genua, Kläger,
contra
Cesare Cassinelli-Vogel, Weinhändler in Zürich, Beklagten.

Kauf nach Muster.

Gewährleistung des Verkäufers für die Musterconformität der Waare.

Hat der Verkäufer beim Distanzkauf am Empfangsort einen Stellvertreter, so muß dieser dafür sorgen, daß die im Lagerhaus der Ankunftsstation zur Verfügung gestellte Waare richtig behandelt und aufbewahrt werde (Art. 248 Zif. 1 des O.-R.

Am 1. März 1888 offerirten die Kläger dem Beklagten unter Bezugnahme auf eine mündliche Besprechung eine Parthie von ca. 400 Hektoliter italienischen Claret (Bordeaux)-Rothwein zum Preise von 80 Fr. per Hectl., franco Waggon Pozzolo und übermittelten ihm gleichzeitig 4 halbe Flaschen als Muster. Mit Brief vom 4. März erbat sich der Beklagte weitere 24 halbe Flaschen als Muster, sowie Auskunft darüber, ob er sich auf die Musterkonformität des offerirten Vorrathes verlassen könne; er bemerkte, der Wein würde ihm conveniren, sofern der Preis billiger wäre und stellte den Klägern für den Fall des Entgegenkommens die Abnahme des ganzen Quantums in Aussicht. Diese antworteten am 5. März, daß sie den Wein bei Abnahme der ganzen Parthie zu 75 Fr. ab Pozzolo erlassen würden und dafür garantiren, daß die Lieferung in allen Beziehungen genau dem Muster entspreche. Am 6. März gingen die verlangten 24 halben Flaschen an den Beklagten ab. Das Geschäft kam jedoch erst Anfangs Mai zu Stande, als Schellenberg anläßlich eines dem Beklagten erstatteten Besuches eine weitere Preisreduktion gewährte. Cassinelli bestellte damals 100 Hektoliter Claret in Bordolaises à 65 Fr. (Wein 60 Fr. und Faß 5), franko Waggon Pozzolo; er will dabei aber ausdrücklich bemerkt haben, daß *erst*bemusterte Qualität geliefert werden müsse. Dem entsprechend schrieb der klägerische Vertreter auf hießigem Platze, Robert Buchmann, unterm 4. Juni an sein Haus: „Sodann ist Cassinelli bereit, 1 Waggon „Claret" 40 à 50 bordolaises à 65 Fr. ab Pozzolo *zuerst* bemusterter Qualität (letzte Muster refüsirt) entgegenzunehmen; wenn Sie das nicht können genau muster-

conform, so verzichte er und wollen Sie den Wein nicht senden." Die Kläger versicherten, daß der Wein in allen Beziehungen genau nach Muster sei und baten am 20. Juni um Versandtinstruktion, erhielten dann aber vom Beklagten den Bescheid, daß er mit ihnen keine Geschäfte mehr machen wolle, da er mit einer andern Weinlieferung schlechte Erfahrungen gemacht habe. Es bedurfte eindringlicher Vorstellungen der Kläger und ihres Vertreters bis dieser letztere in der Lage war, seinem Hause Folgendes zu berichten:

„Cassinelli beauftragt mich, Ihnen mitzutheilen, daß er bereit sei, 100 Hektolit resp. 1 Waggon in so vielen Bordolaises als Platz haben à 65 Fr. per Hektoliter ab Station Pozzolo, Fässer gratis, zu übernehmen, wenn Sie mich ermächtigen, die ihm anfänglich gesandten Muster, wovon er noch 3 Stück halbe Flaschen mit Ihrer Etiquette und Kapsel hat, zu versiegeln und wenn Sie den Wein genau nach jenen Mustern liefern. Er werde die Muster dem Stadtchemiker zur Aufbewahrung übergeben. Wenn Sie jenen Wein nicht mehr haben, so mögen Sie die Sendung unterlassen."

Am 30. Juni fakturirten und expedirten die Kläger 45 bordolaises 1885ger Claret, Rothwein, im Fakturabetrage von 6515 Fr. 60 und übersandten dem Beklagten 4 halbe Flaschen als Ausfallmuster. Hievon gaben sie ihrem Vertreter Buchmann Kenntniß; sie sagen in dem betreffenden Schreiben: „Es ist lächerlich, nach 2 Monaten auf einmal die Muster versiegeln zu wollen. Unsere Flaschen, sowohl die Verkaufsmuster wie die jetzt gesandten Ausfallmuster sind derart vermacht, daß ein Siegel überflüssig ist."

Am 4. Juli erhielten Kläger von Buchmann die briefliche Mittheilung, daß Cassinelli die zuletzt gesandten Muster (Ausfall) nicht identisch finde mit den ihm s. Z. zugestellten Offertmustern und derselbe verlange, daß die ersten Muster versiegelt werden; in diesem Falle werde er bei Ankunft des Weines die Fracht auslegen und die Waare prüfen, andernfalls berühre er dieselbe nicht, resp. nehme er die Sendung nicht an. Cassinelli finde nämlich, daß die letzten Muster nicht das gleiche Bouquet haben und daß der Wein weniger fein sei. Gleichen Tages sandte der Beklagte selbst den Klägern die Faktur zurück und erklärte, daß er die Sendung nicht annehme, weil ohne seine ausdrückliche Bewilligung spedirt worden sei und man sein Begehren, daß 3 Schoppen vom ersten Muster versiegelt werden, nicht beachtet habe. Eine amtliche Aufforderung zum Bezuge der Sendung ließ er unbeantwortet und es leiteten deßhalb Kläger am 3. September 1888 beim Handelsgericht Klage ein über die Streitfrage, ob der Beklagte nicht schuldig sei, den Kauf über die 100 Hektoliter Claret zu halten, den Wein zu beziehen und den Kaufpreis mit 6515 Fr. 60 nebst Zins zu bezahlen.

Im Prozesse gingen die Parteien darin einig, daß ein perfecter Kauf nach Muster vorliege und daß als Verkaufsmuster nur die am 1. März 1888 an Cassinelli übermachten 4 Halbflaschen zu gelten haben. Der letztere brachte 2 Halbflaschen, versehen mit der Etiquette: „Claret from Schellenberg und Bruppacher, Bordeaux" bei und gab nach Art. 267 des O.-R. die Versicherung ab, daß dieselben von denjenigen 4 Musterflaschen herrühren, welche er am 1. März 1888 erhalten habe und daß die Flaschen sich noch in ganz gleichem Zustande befinden, wie sie ihm zugekommen seien. Der Verschluß sei noch derselbe. Er habe die Muster mit noch andern in einem Kasten seines Bureau aufbewahrt. Der Streit beschränkte sich hienach auf die Frage, ob die Sendung musterconform sei oder nicht. Die Kläger erklärten, daß wenn die vorgelegten Muster ächt seien, die Herstellung der Musterconformität so außer allem Zweifel liege, daß sie, sobald große Abweichungen festgestellt werden, daraus den Schluß auf die Unächtheit der vorgelegten Muster ziehen müssen und sie behalten sich deßhalb den Beweis für diese Unächtheit vor. Sie wollen durch Zeugen feststellen, daß die streitige Sendung aus dem gleichen großen Lagerfaß stamme, aus welchem die Verkaufsmuster gezogen worden seien.

Der mit der Untersuchung des Weines auf Musterconformität betraute kaufmännische

Experte, Weinhändler Conradin, gelangte zu folgenden Schlüssen:

1. Der streitige Wein entspreche größtentheils, aber nicht ganz punkto Qualität dem durch die Verkaufsmuster representirten Wein.

2. Der Wein in nachbezeichneten Barriques ergebe folgende Abweichungen zum Nachtheil des Erstern:

Der Wein in Barrique No. 51 sei nicht ganz hell
" " " " " 66 " " " "
" " " " " 83 sei herber
" " " " " 89 " "
" " " " " 69 " "
" " " " " 86 " "
" " " " " 94 " "
" " " " " 95 " "
" " " " " 82 zeige Tendenz z. Stich
" " " " " 77 zeige Tendenz z. Stich.

Diese 10 Barriques stimmen nicht nur nicht mit dem Verkaufsmuster, sondern sie erscheinen auch geringer als die übrigen 35 Barriques. Der Wein in diesen letztern habe mehr Bouquet und sei feiner. Derselbe scheine dem Experten, obwohl noch nicht so mild und feinschmeckend wie das seit ca. 7 Monaten in Flaschen befindliche und daher in der Entwicklung rascher fortgeschrittene Verkaufsmuster, diesem qualitativ doch gleichzukommen; dieser Wein dürfte in Flaschen abgezogen, sich ebenso rasch entwickeln wie das Muster.

Der geringe Ausfall der übrigen 10 Barriques könne herrühren:

a. aus der möglicherweise verschiedenen Güte und Sauberkeit der Lager- und Transportfässer, welch letztere den Wein gegen die schädlichen Einflüsse der heißen Jahreszeit nicht genügend geschützt haben.

b. davon, daß der Wein wegen der geringen Beschaffenheit der Transportfässer möglicherweise erst durch die nicht rationelle Lagerung im hießigen Lagerhaus gelitten habe; statt die Fässer aufs Faßlager zu legen, habe man sie auf dem nackten Boden liegen lassen.

c. aus nicht gleichmäßiger Qualität des Weines der ganzen Parthie; der gleiche Weinberg liefere oft verschiedene Qualitäten.

Ein Zusammenwirken dieser Faktoren sei nicht ausgeschlossen. Die Verkaufsmuster haben sich im Kasten des gleichmäßig temperirten Bureau des Beklagten vom März 1888 bis heute gut entwickeln und besser werden können als der gleiche Wein im Fasse. Derselbe zeige aber bei den 35 Barriques den gleichen Charakter, wie der Experte ihn bei den Verkaufsmustern gefunden habe.

Bezüglich des Weines in den 35 Barriques, den der kaufmännische Experte als musterconform gelten läßt, wurde auf Ansuchen des Beklagten noch eine vergleichende Untersuchung durch den Stadtchemiker veranlaßt. Das schriftliche Gutachten desselben geht dahin, daß das Verkaufsmuster und der gelieferte Wein zwar gleicher Art seien, daß aber doch in der chemischen Zusammensetzung derselben gewisse Differenzen zum Nachtheile des gelieferten Weines bestehen; dieser letztere besitze nämlich neben weniger Alkohol einen größern Gehalt an Essigsäure, Mineralstoffen und an Kaliumsulfat. Der Unterschied an Alkohol und an Essigsäure könne der Lagerung zugeschrieben werden, derjenige an Mineralstoffen und Kaliumsulfat aber sei ein ursprünglicher.

Der Beklagte wurde verpflichtet, den Kauf mit Bezug auf die 35 Fässer (gemäß der Ausscheidung des kaufmännischen Experten) zu halten und den entsprechenden Fakturapreis mit 5051 Fr. 80 nebst Zins zu bezahlen, bezüglich der andern 10 Fässer dagegen wies das Gericht die Klage ab.

Gründe:

1. Die Parteien gehen darüber einig, daß der Kauf auf Grund der dem Beklagten am 1. März 1888 übermittelten Muster abgeschlossen wurde und daß wenn die Musterconformität der Lieferung hergestellt ist, der Beklagte gehalten ist, den streitigen Wein anzunehmen und zu bezahlen. Nachdem derselbe die in Art. 267 des O.-R. vorgesehene Versicherung der Identität der von ihm vorgewiesenen mit den ihm s. Z. behändigten Mustern ab-

gegeben hatte, konnte es sich nur noch darum handeln, ob die Kläger den Beweis der Unächtheit im Sinne von Absatz 2 des citirten Artikels in genügender Weise offerirt haben und diese Frage war zu verneinen. Wenn zunächst vorgetragen wurde, es habe die Kläger befremdet, daß die angeblichen Muster nicht versiegelt seien und ganz gewöhnliche Kapseln tragen, so nahm sich das Angesichts der Thatsache, daß die Kläger die Versiegelung in der Correspondenz als überflüssig bezeichnet hatten, etwas eigenthümlich aus. Der Beweissatz, daß der am 30. Juni 1888 expedirte Wein aus dem gleichen Lagerfaß genommen worden sei, aus welchem die ersten Muster für den Beklagten gezogen worden seien, war deßhalb für die Frage der Aechtheit der vom Beklagten als Verkaufsmuster bezeichneten 2 halben Flaschen als unerheblich zu betrachten, weil ja nicht ausgeschlossen ist, daß der Wein in jenem Lagerfaß seit der Musterziehung irgendwie in Behandlung genommen und verändert worden ist. In diesem Falle ist eine Abweichung des Musters vom gelieferten Wein gedenkbar, wenn auch ersteres aus dem gleichen Fasse stammt. Ein Beweisanerbieten dahingehend, daß an dem Wein in dem betreffenden Lagerfaß nichts gemacht worden sei, ist nicht gestellt worden; zudem hätte ein solcher indirekter Beweis für die Unächtheit der Muster kaum genügen können.

2. Es durften daher der über die Frage der Musterconformität anzuordnenden Expertise die vom Beklagten vorgewiesenen Verkaufsmuster zu Grunde gelegt werden. Bei der Fragestellung an den Sachverständigen war indessen zu berücksichtigen, daß sich eine etwelche Differenz zum Nachtheil des gelieferten Weines möglicherweise daraus erklären ließ, daß die Muster mindestens seit 1. März 1888 in Flaschen abgezogen waren, während der streitige Wein bis zum Versandt in Lagerfässern untergebracht war und sich vom 30. Juni 1888 an in den Transportfässern befunden hatte. Ferner war nicht unerheblich die Behauptung, daß der Wein durch die Lagerung im Lagerhaus gelitten haben könne, da gemäß Art. 204 des O.-R. mit der Uebergabe des Weines an die Bahn in Pozzolo die Gefahr der Verschlechterung auf den Käufer übergegangen war.

3. Durch das Gutachten des Experten Conradin ist zunächst soviel als festgestellt zu betrachten, daß die 10 Fässer bezeichnet mit No. 51, 66, 83, 89, 69, 86, 94, 95, 82, 77 unter keinen Umständen als musterconform gelten können, da sie schon eine geringere Qualität aufweisen als die übrigen 35 Barriques. In dieser Richtung ist das Expertengutachten nicht angefochten.

In Frage kommt hier nur, ob mit Rücksicht darauf, daß der Beklagte die ihm gemäß Art. 248 Abs. 2 des O.-R. obliegende Pflicht zur Feststellung des Thatbestandes nicht erfüllt hat, gesagt werden könne, es sei nicht bewiesen, daß die Differenz in der Qualität schon zur Zeit der Empfangnahme des Weins vorhanden gewesen sei. Bei näherer Prüfung des Gutachtens Conradin wird man jedoch zum gegentheiligen Resultate gelangen und jenen dem Käufer obliegenden Beweis als geleistet ansehen müssen.

4. Wenn man nämlich die möglichen Ursachen, auf welche der Experte den geringern Ausfall der 10 Barriques zurückführt, ins Auge faßt, so ergibt sich sofort, daß sämmtliche, abgesehen von einer einzigen noch zu erörternden Ausnahme in die Zeit vor der Versendung des Weines fallen und ein Verschulden der Kläger involviren. Der Experte spricht zunächst davon, die geringere Qualität des Weines in jenen 10 Fässern lasse sich daraus erklären, daß die Lagerfässer im Keller der Kläger nicht gleich gut gewesen seien. Da jedoch Letztere behaupten, die ganze Sendung komme aus *einem* großen Lagerfaß, fällt jene Möglichkeit überhaupt nicht weiter in Betracht.

Für eine allfällige Verschlechterung des Weines in Folge der mangelhaften und unsaubern Beschaffenheit der Transportfässer haften die Kläger aus dem Gesichtspunkte des Art. 243 des O.-R. Es ist nämlich davon auszugehen, daß, da sie die Barriques gegen einen gewissen Preiszuschlag gratis zu liefern hatten, mit Bezug auf dieselben ein Kauf vorliege, als Verkäufer hatten sie für die Tauglichkeit der Fässer zum vorausgesetzten Gebrauch, d. h. zum Transport von Wein

von Italien nach Zürich einzustehen. Daß aber Fässer, welche den Einflüssen der Temparatur nicht Widerstand leisten oder unsauber gehalten sind, zu jenem Gebrauch nicht geeignet sind, liegt auf der Hand.

Es bleibt somit nur noch zu untersuchen, wer für allfällige nachtheilige Einflüsse einer unzweckmäßigen Aufbewahrung im hiesigen Lagerhaus aufzukommen habe. In dieser Richtung konstatirt der Experte, daß die Fässer richtiger Weise nicht auf den bloßen Boden, sondern auf ein Faßlager hätten gelegt werden sollen. Maßgebend ist Art. 248 Abs. 1 des O.-R., welcher es dem Käufer beim Distanzkauf zur Pflicht macht, für die einstweilige Aufbewahrung der beanstandeten Waare zu sorgen, vorausgesetzt, daß der Verkäufer am Empfangsorte keinen Stellvertreter habe. Wenn aber, wie hier, ein Bevollmächtigter oder Agent der Verkäufer auf dem Platze ist, hört jene Pflicht des Käufers auf, woraus von selbst folgt, daß es Sache des Stellvertreters ist, darüber zu wachen, daß die Sendung nicht unter einer unsachgemäßen Behandlung und Aufbewahrung leide, und daß der Käufer die Folgen einer nachweislich hiemit zusammenhängenden Verschlechterung nicht an sich zu tragen hat.

Nach dem Gesagten sprechen alle Anzeichen dafür, daß die Qualität des Weines in den fraglichen 10 Barriques entweder schon von Anfang an eine geringere war, als diejenige der übrigen 35 Barriques und des Verkaufsmusters, oder aber, daß diese Differenz auf Ursachen zurückzuführen ist, welche mit einem schuldhaften Verhalten der Kläger im Zusammenhang stehen. Im einen wie im andern Fall verweigert der Beklagte die Annahme der 10 Fässer mit Recht.

5. Mit Bezug auf den Wein in den übrigen 35 Fässern hat sich der Experte Conradin dahin ausgesprochen, es scheine ihm derselbe qualitativ dem Verkaufsmustor gleichzukommen; wenn er auch noch nicht so mild und feinschmeckend sei wie dieser, so zeige er doch den gleichen Charakter und werde sich, in Flaschen abgezogen, rasch entwickeln wie das Verkaufsmuster. Dagegen hat der chemische Experte gewisse Differenzen zwischen dem Verkaufsmuster und dem gelieferten Wein zum Nachtheil des letztern herausgefunden. Das Verkaufsmuster enthält nämlich nach der Analyse 0,52 Volum % mehr Alkohol, wogegen der gelieferte Wein einen größern Gehalt an Essigsäure, an Mineralstoffen und schwefelsauren Salzen hat.

Frägt man sich nun, welchen Befund der Richter als maßgebend zu betrachten habe, so wird man sich doch eher für das Gutachten des kaufmännischen Experten entscheiden. Man wird davon ausgehen müssen, daß im gewöhnlichen Handel der Käufer nach Probe die Waare nur wegen solcher Abweichungen vom Muster zurückbieten dürfe, welche für ihn bei der üblichen Untersuchung erkennbar waren und daß er nicht so subtile Differenzen, wie sie hier durch die chemische Analyse eruirt wurden, und von denen er keine Ahnung haben konnte, nachträglich für die Bemängelung herbeiziehen darf. Aus diesem Grunde ist es das allein Richtige, daß darüber, ob die Dispositionsstellung der Weinlieferung eine begründete war, oder ob der Käufer keinen Anlaß gehabt habe, die Musterconformität anzuzweifeln, ein erprobter Fachmann und Weinkenner entscheide und daß nicht wissenschaftliche Untersuchungsresultate, welche dem Käufer für seine Entschliessung nie zu Gebote gestanden haben und für ihn nicht maßgebend gewesen sind, verwerthet werden. Der kaufmännische Experte spricht sich nun aber in genügend bestimmter Weise dahin aus, daß sich beim Kosten des Weines aus den 35 Fässern hinsichtlich der Qualität Uebereinstimmung mit dem Verkaufsmuster ergeben habe, und daß eine kleine Nuance im Geschmack, welche lediglich darauf beruhe, daß der Wein nicht wie das Muster in Flaschen, sondern in Fässern aufbewahrt worden sei, sich bei gleicher Behandlung mit der Zeit verlieren werde.

6. Gestützt auf diesen Befund ist die Musterconformität der 35 Fässer als festgestellt zu betrachten und der Beklagte zur Bezahlung ihres Fakturawerthes zu verpflichten. Die 10 Fässer, welche die Kläger zurücknehmen müssen, repräsentiren laut der Faktur ein Nettogewicht von 2252 Kilo.

Wenn vom Gesammtfakturabetrag von	Fr. 6515.60
der Werth dieser Partie mit	„ 1463.80
in Abzug gebracht wird, so verbleibt als vom Beklagten zu bezahlende Summe der Betrag von	Fr. 5051.80

Werth 30. September 1888.

Das Weibergutsprivilegium

im hierseitigen Konkurse eines Ausländers (Hessen). Oertliche Rechtsanwendung bezüglich des ehelichen Güterrechtes.

Obergericht Zürich, Appellationskammer. 31. Dezember 1888.

Die Frau Lina Kintzbach geb. Schindler meldete in dem zu Winterthur über ihren aus Worms (Hessen) gebürtigen Ehemann Ernst Ludwig Kintzbach ausgebrochenen Konkurse eine Weibergutsforderung von 2087 Fr. 50 Cts. an und nahm hiefür das Privilegium des § 1096 lit. b des P. G.-B. bezw. des § 93 III. B., b des Konkursgesetzes in Anspruch, beide Ansprachen, sowohl Forderung als Privilegium sind aber bestritten worden. Frau Kintzbach, eine geborne Badenserin, hatte ihren Mann im Jahre 1875 zu Ettlingen, Großherzogthum Baden, auf Grund eines Ehevertrages geheirathet, dessen Hauptbestimmung die folgende ist:

„Als Norm wegen Regulirung ihrer künftigen ehelichen Vermögensverhältnisse wählen die Brautleute das Geding der völligen Vermögensabsonderung gemäß Landrechtssatz 1536 u. f., wornach der Ehefrau die völlige Verwaltung ihrer beweglichen und unbeweglichen Güter verbleibt, jedoch überläßt dieselbe dem künftigen Ehemann das Erträgniß ihres Vermögens zur Bestreitung der ehelichen Lasten."

Der Konkursrichter wies die Ansprache gänzlich ab und dieser Entscheid wurde zweitinstanzlich bestätigt.

Gründe:

1. Der Konkursrichter hat das beanspruchte Privilegium deßhalb verweigert, weil ein solches nur dann in Anspruch genommen werden könne, wenn das eheliche Güterrecht das des zürcherischen Rechtes sei, während im vorliegenden Falle hessisches, beziehungsweise badisches Recht zur Anwendung komme. Der erste Theil dieser Begründung ist indessen nicht zutreffend. Denn das Konkursgesetz verweist nicht direkt auf die Bestimmungen des privatrechtlichen Gesetzbuches über das eheliche Güterrecht des Kantons Zürich und es enthält auch weder der frühere § 896 b noch der jetzige § 1096 b, auf die das Konkursgesetz sich zunächst beruft, einen solchen Hinweis. Und daraus ist zu schliessen, daß das Privilegium jeder Ehefrau zusteht, welche nach dem für sie maßgebenden ehelichen Güterrecht (gleichviel, ob dieß nun das zürcherische oder ein anderes sei), eine Forderung auf Ersatz von Weibergut zu stellen hat, das sie ihrem Ehemann in vormundschaftliche Verwaltung übergeben *musste*. Das Entscheidende liegt also in der Pflicht zur Uebergabe des Vermögens in die vormundschaftliche Verwaltung des Mannes, weßhalb auch da, wo zürcherisches Güterrecht zur Anwendung kommt, für das Spaar- und Sondergut der Frau kein Privilegium beansprucht werden kann, eben deßhalb, weil solches Gut nicht als Vogtgut dem ehelichen Vormund zu übergeben ist.

2. Es ist also lediglich zu untersuchen, ob der Ansprecherin eine so gestaltete Forderung zustehe. Die Frage muß aber verneint werden. Maßgebend für das eheliche Güterrecht der Frau Kintzbach ist nämlich allein der am 7. Oktober 1875 zu Ettlingen im Großherzogthum Baden abgeschlossene Ehevertrag. Denn nach dem badischen Landrecht gleich wie nach französischem Rechte ist die Ordnung der ehelichen Güterrechtsverhältnisse grundsätzlich dem Willen der Ehegatten unterstellt und es tritt lediglich subsidiär ein gesetzliches Güterrecht ein. Ist ein Ehevertrag rechtsgültig abgeschlossen worden, so bleibt derselbe nach Abschluß der Ehe unveränderlich (siehe Art. 1395 des badischen Landrechts, entsprechend Code civil Art. 1395).

Gemäß Art. 3, Abs. 3, des badischen Landrechts wird ferner der unter der Herrschaft dieses Gesetzes zu Stande gekommene Ehevertrag von jener Bestimmung (der Unververänderlichkeit) auch dann beherrscht, wenn die Ehegatten ihr Domicil im Auslande wählen. Damit ist aber in Anlehnung an den § 3 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches der Nachweis gegeben, daß jenes Vertragsrecht auch hierorts anzuwenden ist. (Vergleiche Obergerichtlicher Rechenschaftsbericht 1882, No. 113, 1883 No. 71, Handelsrechtl. Entsch. 1887, Seite 326, Entscheidung der Appellationskammer in Sachen Hund). In dem Ehevertrage der Eheleute Kintzbach hat sich aber die Ehefrau die völlige Verwaltung ihres Gutes vorbehalten und es ist daher ihr ganzes Einbringen gleich dem Sondergut des zürcherischen Rechtes zu behandeln.

Eine *laufende* Forderung wäre insoweit begründet, als Ansprecherin die freiwillige Uebergabe gewisser Summen an ihren Ehemann beweisen könnte. Da indeß bei der Prüfung dieses Beweises mit Rücksicht auf den Umstand, daß die Ehefrau sich die Verwaltung ihres Vermögens vertraglich vorbehalten hat, davon auszugehen ist, es spreche keine thatsächliche Vermuthung dafür, daß, was ihr während der Dauer der Ehe zugefallen ist, auch dem Manne übergeben worden sei, so kann derselbe nicht als geführt betrachtet werden (was noch des Nähern ausgeführt wird).

Vertragsauslegung.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 22. Dezember 1888

In einer vom 15. April 1882 datirten Kaufsfertigung über ca. 23,000 Quadratfuß Land wurde bestimmt: „Der Verkäufer resp. sein Rechtsnachfolger als Eigenthümer der Gebäulichkeiten No. 81 hat *während 6 Jahren* von heute an das Recht, behufs einer bequemer einzurichtenden Einfahrt in seine Scheune, einige Fuß des Kaufsobjektes in der Ecke, welche an die Straße und das Gut des Posthalter E. stoße, für 75 Rp. per Quadratfuß zurückzukaufen."

Im Jahre 1884 starb der Verkäufer ohne daß er das Rückkaufsrecht jemals geltend gemacht hätte. Er wurde beerbt von seiner einzigen verheirateten Tochter, auf welche also auch die Gebäulickkeiten No. 81, zu deren Gunsten das Rückkaufsrecht constituirt worden war, übergegangen sind. Im Dezember 1885 und Februar 1886 erfolgten seitens des Ehemannes der Berechtigten Einladungen an den Käufer, Vorschläge zu machen über den Umfang des abzutretenden Landes. Dann blieb aber die Sache wieder ruhen. Am 26. März 1888 (also 20 Tage vor Ablauf der 6jährigen Frist) verlangte dann Dr. Curti im Auftrage des Ehemannes der Berechtigten Erfüllung des Rückkaufsvertrages durch Abtretung einer Landparzelle in der im Vertrage vorgesehenen Ecke im Umfange von 10 Meter 50 cm. Länge und ca. 1 M. 20 cm. Breite zum vorgesehenen Preise von 75 Rp. per Quadratfuß. Dieses Begehren wurde rundweg zurückgewiesen und es machte dann die Berechtigte dasselbe mittelst Klage geltend, die Klageeinleitung beim Friedensrichteramt erfolgte aber erst am 20. August und diejenige beim Gericht am 11. September 1888, also beides nach dem am 15. April 1888 erfolgten Ablauf der 6jährigen Frist. Der Beklagte glaubte deßhalb schon aus diesem Grunde obsiegen zu müssen, indem er die Ansicht vertrat, daß der Anspruch innerhalb der genannten Frist *gerichtlich* anhängig zu machen gewesen sei. Eventuell bestritt er auch, daß eine gehörige außgerichtliche Geltendmachung vorliege, weil diese nicht von der Berechtigten, sondern von ihrem Ehemann ausgegangen sei.

Zweitinstanzlich wurde jedoch dieser Standpunkt des Beklagten verworfen und das Bezirksgericht angewiesen, auf das Materielle der Sache einzutreten:

Gründe:

1. Das von der Klägerin als Rechtsnachfolgerin ihres Vaters durch die notarialische Vereinbarung vom 15. April 1882 vorbehaltene Rückkaufsrecht ist, wie die erste Instanz richtig ausführt, an die Bedingung geknüpft,

daß es binnen einer Frist von 6 Jahren geltend gemacht werde. Es mag, weil für den Entscheid des Prozesses unerheblich, dahingestellt bleiben, ob dieß eine suspensive oder eine resolutive Bedingung ist. Jedenfalls hat dieselbe nur den Inhalt, daß die berechtigte Klägerin binnen der gesetzten Frist das Rückkaufsbegehren stellen und nicht, daß sie auch die gerichtliche Klage auf Erfüllung des Kaufs anhängig zu machen hat, denn letzteres ergibt sich nicht aus dem Wortlaute des Vertrags und ist keineswegs so selbstverständlich, daß es ohnedieß als in der Meinung der Kontrahenten liegend betrachtet werden dürfte. Man kann übrigens die fragliche Vertragsbestimmung auch als eine schriftliche Verkaufsofferte des Beklagten auffassen, welche für denselben auf die Dauer von 6 Jahren rechtsverbindlich sein soll und von dem Berechtigten nur binnen dieser Frist acceptirt zu werden braucht, um sofort zu einem fertigen Kaufvertrage zu erwachsen. Die allerdings nothwendige schriftliche Form mangelt weder bei der einen noch bei der andern Rechtsauffassung; denn in beiden Fällen bildet der Vertrag vom 15. April 1882 zugleich auch den Kaufvertrag über den Rückkauf und es bedarf nur des Eintrittes der Bedingung resp. der schriftlichen Acceptation der durch Vorlage des schriftlichen Vertrages gemachten Offerte, um denselben perfect zu machen.

2. Es ist daher nur zu untersuchen, ob die besagte, ausdrückliche Erklärung zum Rückkaufe binnen der angesetzten Frist erfogt, und dem Beklagten zur Kenntniß gelangt ist. In derselben muß freilich das Kaufsobjekt genau bezeichnet sein; denn es liegt offenbar im Sinne des Vertrags, daß nach Ablauf dieser Frist die Rechtsverhältnisse endgültig bereinigt sein sollen, daß also die Berechtigte nicht erst später noch bezüglich des Umfangs des beanspruchten Kaufsobjektes beliebige Modifikationen vornehmen dürfe.

3. Nun kann aber kein Zweifel darüber walten, daß die fragliche Erklärung resp. die Acceptation der Verkaufsofferte des Beklagten unter allen Umständen durch die Zuschrift des Advokaten Dr. Curti an den Beklagten vom 26. März 1888 so stattgefunden hat, daß dadurch ein rechtsgültiger Rückkaufsvertrag zu Stande gekommen ist, insofern derselbe nicht aus materiellen Gründen angefochten werden kann. Auch der Beklagte bestreitet dieß eigentlich bloß deßhalb, weil Dr. Curti nicht Namens der berechtigten Klägerin, sondern Namens ihres Ehemannes gehandelt habe. Allein diese Einwendung ist unbegründet, weil der letztere als ehelicher Vormund seiner Frau handelte und der Beklagte darüber vollständig im Klaren war, daß der Anspruch nur für die als notarialische Eigenthümerin der Gebäulichkeiten No. 81 allein berechtigte Klägerin geltend gemacht wurde (was noch des Nähern ausgeführt wird.)

Prozessualisches.

Schriftliches Vorverfahren.

Wie weit darf die mit der Fristansetzung zur Klagebeantwortung verbundene Androhung gehen?

Die Schlußverhandlung des § 496 des Rechtspflegegesetzes setzt einen vorangegangenen Schriftenwechsel voraus.

Wie weit kann ein Wiederherstellungsgesuch gegen den Ablauf einer erstinstanzlich versäumten Frist zweitinstanzlich noch gestellt werden?

Kassationsgericht Zürich.
14. Dezember 1888.

Der Maurermeister Gubler in Unterstraß belangte den Zuckerbäcker Bruppacher in Außersihl im summarischen Verfahren für eine Forderung aus Werkvertrag. Der Angesprochene antwortete mit einer schriftlichen Eingabe, in welcher genau gesagt ist, welche Ansätze der gegnerischen Rechnung er anerkenne und welche er bestreite. Hienach blieben 475 Fr. 75 bestritten und diesen Betrag klagte dann Gubler auf dem ordentlichen Prozeßwege ein. Das Gericht ordnete das schriftliche Vorverfahren an und es wurde dem Beklagten mit Verfügung vom 25. Mai aufgegeben, die Klageschrift, der auch die genannte Eingabe des Beklagten an den sum-

marischen Richter beigelegt war, binnen 14 Tagen zu beantworten unter der Androhung, daß sonst angenommen würde, er anerkenne die thatsächlichen Klagegründe und verzichte auf Einreden. Der Empfangschein des Beklagten für diese Verfügung trägt das Datum vom 27. Mai und wäre hienach die Frist mit dem 10. Juni abgelaufen. Erst am 12. Juni begehrte der Anwalt des Beklagten Fristerstreckung bis zum 20. Juni, wurde aber mit Verfügung vom 12. Juni, mitgetheilt den 14. Juni, wegen Verspätung abgewiesen. Am 15. Juni, eingegangen den 16. Juni, wiederholte er das Fristerstreckungsgesuch mit dem einfachen Bemerken, die Verfügung vom 12. Juni müsse auf einem Irrthum beruhen. Das Bezirksgericht antwortete aber darauf mit einem Urtheil d. d. 26. Juni, durch welches die Klage in vollem Umfange gutgeheißen wurde, weil die Frist zur Klagebeantwortung fruchtlos abgelaufen sei und in Nachachtung der mit der Fristansetzung verbunden gewesenen Androhung angenommen werden müsse, der Beklagte habe die für die Klage im Ganzen und die einzelnen Ansätze der klägerischen Rechnung im Besondern angegebenen und genügend dargelegten thatsächlichen Gründe anerkannt und auf Einreden verzichtet. Diese Entscheidung wurde zweitinstanzlich bestätigt, vom Beklagten aber mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten, weil:

1. Da gemäß § 491 des Rechtspflegegesetzes im Falle der Anordnung schriftlichen Vorverfahrens die allgemeinen Vorschriften über die Hauptverhandlung analoge Anwendung finden sollen, die mit der ersten Auflage zur Beantwortung der Klage verbundene Bedrohung der Anerkennung der thatsächlichen Klagegründe und des Verzichtes auf Einreden unzulässig gewesen sei und gemäß § 328 die Auflage überhaupt nicht mit der Androhung von Rechtsnachtheilen, sondern lediglich mit Androhung von Ordnungsbuße hätte verbunden werden sollen, jedenfalls aber unrichtig und zu weitgehend gewesen sei, daß der Vorderrichter die in der Eingabe des Beklagten an den summarischen Richter, welche vom Kläger selbst zu den Akten gebracht worden sei, enthaltenen Bestreitungen einfach ignorirt habe;
2. entgegen der Vorschrift des § 496 des Rechtspflegegesetzes keine Schlußverhandlung angeordnet worden sei, und
3. die zweite Instanz sein Wiederherstellungsgesuch gegen den Ablauf der Frist ohne Weiters zurückgewiesen habe.

Die Beschwerde wurde abgewiesen.

Gründe:

1. Der Standpunkt, daß die mit der Fristansetzung zur Einreichung der Klagebeantwortungsschrift verbundene Androhung unzuläßig gewesen sei und die Auflage überhaupt nicht mit Rechtsnachtheilen hätte verbunden werden sollen, ist nicht haltbar. Denn es ist ja ganz selbstverständlich, daß die Bestimmung des § 491 des Rechtspflegegesetzes, die allgemeinen Vorschriften über die Hauptverhandlung finden analoge Anwendung auf das schriftliche Vorverfahren, nur insoweit Platz greift, als bezüglich des letztern nicht besondere Vorschriften aufgestellt sind, das ist nun aber gerade in der hier in Frage kommenden Richtung der Fall, denn der § 495 bestimmt, daß bei Anwendung schriftlichen Vorverfahrens alle Fristen zerstörlich, — d. h. mit Androhung von Rechtsnachtheilen, — anzusetzen seien und dabei thunlichst auf Förderung des Prozesses Bedacht zu nehmen sei.

2. Allerdings soll gemäß § 203 der Richter bei Ansetzung einer Frist mit dem Inhalt der Androhung, wenn er nicht durch das Gesetz selbst bestimmt ist, nicht weiter gehen als es im jeweilen vorliegenden Falle zur Fortsetzung des Verfahrens erforderlich ist und es behauptet Beschwerdesteller mit Rücksicht auf diese und andere Vorschriften des Prozeßgesetzes (§ 267, 285, 287, 335, 347, 433), welche darauf Bedacht nehmen, dass das materielle Recht zur Geltung komme und die Parteien nicht aus formellen Gründen desselben verlustig werden, es sei eventuell die gemachte Androhung zu weit gegangen. Nun war aber im vorliegenden Falle die gemachte Androhung die der Sache angemessene. Dieselbe schloß auch nicht aus, daß der Richter gesetzlich unstatthafte Begehren oder offenbar unrichtige thatsächliche Behauptungen d. h. solche, die mit in der Klageschrift zu-

gestandenen Thatsachen oder mit andern klägerischen Behauptungen oder mit vom Kläger beigebrachten Urkunden im Widerspruch gestanden hätten, unberücksichtigt ließ. Allein Beschwerdesteller macht dießfalls nur geltend, daß er nach einer vom Kläger selbst eingelegten, vom Beklagten im summarischen Verfahren eingereichten Rechtschrift unter Anführung von Gründen, — nicht Beweismitteln, — einzelne Ansätze der klägerischen Rechnung bestritten habe. Nun kann aber davon keine Rede sein, daß wenn im ordentlichen Verfahren der Beklagte auf thatsächliche Behauptungen des Klägers nicht antwortet, der Richter dennoch eine Bestreitung derselben durch den Beklagten deßhalb anzunehmen habe, weil er weiß, dass der Beklagte im vorangegangenen summarischen Verfahren dieselben bestritten hat.

3. Beschwerdesteller macht ferner geltend, daß entgegen der bestimmten Vorschrift des § 496 des Rechtspflegegesetzes keine Schlußverhandlung (zu weitern thatsächlichen und rechtlichen Ausführungen, § 491) angesetzt worden sei. Allein diese Schlußverhandlung soll nach § 496 nach dem Schriftenwechsel stattfinden und ein Schriftenwechsel hat im vorliegenden Falle nicht stattgefunden. Der Kläger hatte kein Interesse an einer Schlußverhandlung, weil seine Begehren ohnehin gutgeheißen wurden und der Beklagte hatte nichts vorgebracht; was aber überhaupt nicht vorgebracht worden ist, kann auch nicht weiter ausgeführt werden.

4. Schließlich beschwert sich B. darüber, daß die zweite Instanz die begehrte Wiederherstellung nicht gewährt, also die Sache nicht an die erste Instanz unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urtheils mit der Auflage, die verspätete Beantwortung der Klage zuzulassen, zurückgewiesen habe. Nun ist zwar die Bemerkung im zweitinstanzlichen Urtheile, Restitution könne aus dem formellen Grunde nicht ertheilt werden, weil erstinstanzlich ein Restitutionsbegehren nicht gestellt worden sei, insofern unzutreffend, als wenigstens dann, wenn die Partei, welche in erster Instanz eine Frist versäumt hat, zu einem Wiederherstellungsbegehren in erster Instanz keine Gelegenheit hatte, wenn z. B. die erste Instanz nach Ablauf der versäumten Frist das Endurtheil gefällt hat, die Einrede, die Replik oder Duplik, es habe Grund zu einer Wiederherstellung vorgelegen, in Appellationsinstanz bringen und hierauf gegründete Begehren stellen kann. Allein, wenn auch ein Wiederherstellungsbegehren gegen die Folgen einer Fristversäumniß gesetzlich an keine Frist gebunden ist, so hätte doch, nachdem dem Beschwerdesteller und seinem Anwalte, jedem in besonderer Ausfertigung, am 14. Juni laut Verfügung des Instruktionsrichters vom 12. Juni mitgeteilt worden war, die Auflage zur Beantwortung der Klage sei dem Beklagten am 27. Mai zugestellt worden und es könne daher dem Fristerstreckungsbegehren nicht entsprochen werden, der Anwalt des Beschwerdeführers bis zum 26. Juni (Tag der Urtheilsfällung) Zeit genug zu einem Wiederherstellungsbegehren gehabt, während er ein solches nicht gestellt, sondern ohne sich nach dem Sachverhalt zu erkundigen, lediglich am 15. Juni sein Fristerstreckungsbegehren mit der Bemerkung, die Verfügung vom 12. Juni müsse auf einem Irrthum beruhen, erneuert und auch dann noch geschwiegen hat, als nach einer vom Beschwerdesteller selbst eingereichten außergerichtlichen Mittheilung des Instruktionsrichters dieser dem Anwalt des Beschwerdestellers selbst bemerkt hat, ein Irrthum liege nicht vor. Gesetzt übrigens, Beschwerdesteller habe, worauf es allein ankäme, inAppellationsinstanz die Gründe, welche eine Wiederherstellung rechtfertigen sollen, so genau angeführt, wie es in der Beschwerdeschrift geschieht, so wären diese Gründe zu einer Wiederherstellung nicht aussreichend (was weiter ausgeführt wird).

Dienstbarkeiten,

die sich in körperlichen Anstalten darstellen nach bisherigem zürcherischen Recht (§ 695 des P. G. B.). Erweiterung derselben durch das Gesetz betreffend die Eintragung der Grunddienstbarkeiten vom 22. April 1862 (§ 20).

Obergericht Zürich, Appellationskammer.
Stocker ca. Locher.

Der § 245 des neuen privatrechtlichen Gesetzbuches sagt in seinem Absatz 2, daß körperliche Anstalten, in denen sich eine Dienstbarkeit darstelle, z. B. auch seien: „Thüren, Fensterladen und Treppen in Häusern sowohl als an der Einfriedigung eines Grundstückes, soweit Zweck und Bestimmung derselben außer Zweifel stehen.“ Diese Bestimmung in Verbindung mit derjenigen des § 246, wonach in körperlichen Anstalten sich darstellende Dienstbarkeiten auch ohne einen Erwerbstitel durch 10 Jahre lang ununterbrochen und unwidersprochen fortgesetzten gutgläubigen Besitz ersessen werden können, veranlaßte die Eigenthümerin eines Privatsträßchens von ihrem unmittelbaren Nachbarn die Entfernung eines Gatters zu verlangen, welcher in der Einfriedigung des hart an ihr Privatsträßchen stoßenden Gartens desselben so angebracht war, daß er sich zwar nach innen öffnete, aber nur den Zweck haben konnte, das Betreten des genannten Sträßchens vom Garten aus zu ermöglichen. Die Klägerin befürchtete auf Grund der genannten Bestimmungen die Ersitzung eines Wegrechtes seitens des Beklagten und erklärte deßhalb, daß sie sich auch mit einem geringern Mittel als der Beseitigung des Gatters, wenn dadurch der befürchtete Rechtserwerb verhindert werden könne, z. B. damit begnüge, daß der Beklagte am Notariatsprotokoll erkläre, aus dem Bestande des Gatters kein Recht ableiten zu wollen. Der letztere antwortete, der befürchtete Rechtserwerb sei bereits eingetreten. Denn der Gatter, dessen Beseitigung verlangt werde, bestehe schon seit mehr als 10 Jahren, vom 31. Dezember 1887 an rückwärts gerechnet und sei während dieser ganzen Zeit ununterbrochen und unwidersprochen als Ein- und Ausgang des beklagtischen Gartens benutzt worden, wofür der Beweis durch Zeugen geleistet werden wolle. Von der Klägerin wurde diese ganze Darstellung bestritten und behauptet, daß sie unerheblich sei, weil der Gatter nach dem bis 1. Jenner 1888 geltend gewesenen Recht nicht geeignet gewesen sei, eine ständige Dienstbarkeit darzustellen und folglich auch eine Ersitzung nicht habe eintreten können.

Das Bezirksgericht trat dieser Auffaßung bei und hieß deßhalb die Klage gut. Die zweite Instanz hob aber das Urtheil auf und verfügte die Abnahme des vom Beklagten anerbotenen Beweises.

Gründe:

1. Der Beklagte beansprucht ein Wegrecht über das Privateigenthum der Klägerin, indem er behauptet, es stehe ihm eine ständige Dienstbarkeit zu, welche sich in einer körperlichen Anstalt (Gatter in seiner Garteneinzäunung) darstelle und die er durch mehr als 10 Jahre lang ununterbrochen und unwidersprochen fortgesetzten redlichen Besitz erseßen habe (§ 696 des alten privatrechtlichen Gesetzbuches). Er anerbietet den Zeugenbeweis dafür, daß seit mehr als 10 Jahren der gleiche Gatter bestanden habe und immer als Ein- und Ausgang des beklagtischen Gartens benutzt worden sei.

2. Die erste Instanz hat diesen Beweis nicht abgenommen, indem sie davon ausging, es könne in der fraglichen Gartenthüre eine ständig fortwirkende körperliche Anstalt im Sinne des alten privatr. G.-B. nicht erblickt werden und folglich der Beklagte eine Dienstbarkeit auch nicht ersessen haben. Denn wenn auch nach dem neuen (seit 1. Jenner 1888 in Kraft befindlichen) privatr. G.-B. derartige Thüren als körperliche Anstalten bezeichnet werden können, so seien eben seit dem Inkrafttreten dieses neuen Gesetzes nocht nicht 10 Jahre verflossen (§ 246 neu).

3. Dieser Ansicht kann nun aber nicht beigetreten werden. Richtig ist zwar, daß nach dem alten privatrechtlichen Gesetzbuch eine Dienstbarkeit nur dann durch 10jährigen ununterbrochen und unwidersprochen fortgesetzten redlichen Besitz ersessen werden konnte, wenn diese Dienstbarkeit eine ständige war, die sich in einer körperlichen Anstalt darstellte, und daß ein Wegrecht, wie es hier beansprucht wird, streng genommen nicht zu den ständigen Servituten gezählt werden kann, deren Ausübung eine immerwährende ist, ohne daß es einer jedesmaligen Handlung bedarf wie z. B. das Recht der Wasserleitung, der Dachtraufe etc. (vergleiche das Urtheil des Kassationsgerichtes abgedruckt in den H. E. VI. 218). Allein dieser Begriff der stän-

digen Servituten wurde durch das Gesetz betreffend die Eintragung der Grunddienstbarkeiten von 22. April 1862 erweitert, indem in § 20 daselbst bestimmt wurde, daß *Thüren*, Fensterladen und Treppen in Häusern sowohl *als an der Einfriedigung eines Grundstückes* gleichfalls körperliche Anstalten seien, welche, soweit Zweck und Bestimmung derselben außer Zweifel stehen, Dienstbarkeitsrechte an dem anliegenden nachbarlichen Grundeigenthum im Sinne des § 595 des P.-R. G.-B. begründen können. Nach dieser Bestimmung wurde, wie der Commentar von Gwalter zu diesem Paragraphen ausdrücklich bemerkt, der Begriff der ständigen Dienstbarkeit auch auf solche Berechtigungen ausgedehnt, deren Ausübung jedesmal eine Handlung des Berechtigten erfordert, bezw. erklärt, daß Berechtigungen, für deren Ausübung gewiße, im Gesetze speziell bezeichnete, in die Augen fallende körperliche Anstalten bestehen, ständigen Dienstbarkeiten gleichgestellt sein sollen. Diese Gesetzesbestimmung ist dann wörtlich in das neue privatrechtliche Gesetzbuch aufgenommen worden.

4. Es frägt sich also nur noch, ob Zweck und Bestimmung der Thüre „außer Zweifel" stehe. Diese ist nun so in der Umzäunung des beklagtischen Gartens angebracht und war es nach der Behauptung des Beklagten auch seit mehr als 10 Jahren, daß deren Gebrauch nicht möglich ist, ohne über den Raum des Nachbars zu gehen; über die Bestimmung der Thüre kann daher im Ernste nicht gezweifelt werden, wenn sie auch nur nach innen d. h. gegen den beklagtischen Garten sich öffnet. Das Praejudiz in Ullmers Commentar No. 1017 steht damit nicht im Widerspruch, denn es ist dort ausdrücklich gesagt, daß das Bestehen des Tennthors, welches sich allerdings auch nur auf dem Eigenthum des angeblich Berechtigten befand, nicht auf demjenigen des angeblich Belasteten, den Schluß nicht zulasse, daß dasselbe gerade um der streitigen Servitut willen und zum Zwecke der Ausübung derselben angebracht worden sei, da dasselbe ohne die Servitut keineswegs seine Bedeutung verliere. Dieß kann aber von der streitigen Thüre nicht gesagt werden. Auch das in Erwägung 6 des Urtheils des Kassationsgerichtes (H. E. VI. 220.) Gesagte paßt nicht auf den vorliegenden Fall, denn in *jenem* Falle kam eine Thüre gar nicht in Frage und es wurde daher mit Recht der § 20 als nicht anwendbar erklärt. Das erstinstanzliche Urtheil ist daher aufzuheben und es sind die Akten dem Bezirksgericht zur Abnahme der anerbotenen Beweise zurückzustellen.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. März 1889. VIII. Band. № 5.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter“ erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die „Amerikanische Schweizer-Zeitung“, 18 Ann Str., New-York.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Handelsgericht Zürich,

21. Dezember 1888,

i. S. *Ludwig Rappolt* in Hottingen, Kläger,
contra
Eidgenössische Transportversicherungsgesellschaft in Enge, Beklagte.

Forderung aus Dienstvertrag.

Streit über Bestand, Dauer und Inhalt des Anstellungsverhältnisses.

Der Kläger, Aktionär und s. Z. Mitbegründer der beklagten Versicherungsgesellschaft, will vom 15. Juli 1882 bis 1. August 1883 die Stelle eines Agenten derselben bekleidet haben, dessen Thätigkeit darin bestand, in Verbindung mit einem Acquisiteur „Inspector“ geheißen, Versicherungsverträge aufzunehmen. Hiefür soll ihm ein sogenanntes Provisionsfixum von 3000 Fr. per Jahr ausgesetzt gewesen sein, woraus er seinen Unteragenten, L. Dreifuß, zu honoriren gehabt hätte. Rappolt war zu jener Zeit auch Generalagent der Lebensversicherungsgesellschaft „Germania“.

Laut einer Quittung, wovon Copie bei den Akten liegt, wurden dem Kläger in der That am 4. Januar 1883 „an Provisionsgarantie“ für die Zeit vom 15. Juli bis Ende Dezember 1882 Fr. 1375 ausbezahlt. Aus der vorliegenden Korrespondenz zwischen der beklagten Gesellschaft und Rappolt aus der Zeit vom 4. Januar bis 26. April 1883 geht weiter hervor, daß Erstere sich über die geringen Erfolge der Thätigkeit des Acquisiteurs Dreifuß beklagte und demselben zum Vorwurfe machte, daß er auf Kosten der Gesellschaft auch in Tabak und Cigarren reise. Die Veranlaßung zu diesen Auseinandersetzungen gab eine Differenz über Berechnung von Reisespesen. Während die Beklagte nur die effectiven Reiseauslagen ersetzen wollte, beanspruchte Dreifuß, — hierin von Rappolt unterstützt, — per Reisetag eine Entschädigung von 15 Fr. Hierüber äußerte sich die Beklagte dahin, daß die bisherigen Resultate *der Agentur* nicht gestatten, die Unkosten zu vergrössern und es überdieß auch nicht billig sei, daß der Acquisiteur auf den Reisespesen ein Extrabenefice mache. Als der Kläger sich für seinen Standpunkt auf eine s. Z. getroffene Vereinbarung berief, erklärte die Beklagte in einem Briefe vom 9. Jenner 1883: „Wenn Herr Dreifuß nicht glaubt, unsere Bedingungen betr. Diäten etc. annehmen zu können oder wenn ihm unsere Art der Geschäftsführung nicht paßt, so können wir ihn begreiflicher Weise nicht zwingen, für uns zu arbeiten und müßten wir uns

wohl oder übel nach einem andern Acquisiteur umsehen, *resp. Sie darum bemühen.*

In seinem Antwortschreiben vom 14. Januar ergeht sich der Kläger in Auslaßungen darüber, weßhalb die Thätigkeit des Unteragenten nicht so erspießlich gewesen sei und findet den Grund namentlich darin, daß derselbe durch Anstellung eines zweiten Acquisiteurs seitens der Gesellschaft lahm gelegt worden sei. Unter den obwaltenden Umständen, so schließt Rappolt, bleibe ihm nicht Anderes übrig, als das Verhältniß mit Dreifuß zu lösen. Die Kündigung werde unter den bei dessen Anstellung vereinbarten Bedingungen, d. h. per Ende laufenden Quartals auf 3 Monate erfolgen.

Bemerkenswerth ist, daß die Transportversicherungsgesellschaft mit Brief vom 16. Januar 1883, unterzeichnet von Direktor Witt, hierauf antwortete: „Um übrigens auch für später unsere Stellung zu wahren, wiederholen wir Ihnen, *was wir schon im Vertragsentwurf ausdrücklich vorbehalten haben,* daß wir auch direkt Geschäfte machen wollen, wie und wann es uns beliebt und daß wir Ihnen durchaus nicht ein Monopol für die Acquisitionen zugestehen können."

Mit Brief vom 9. Mai 1883, unterzeichnet von Ed. Fierz, in Vertretung des Direktors, eröffnete die Beklagte dem Kläger Folgendes: „Wie uns von Ihnen mündlich mitgetheilt wurde, ist Herr Dreifuß mit dem 1. Mai als Inspektor unserer Gesellschaft zurückgetreten und gewärtigen wir nunmehr Ihre Vorschläge für einen neuen Inspektor, um unserm Vorstande die nöthigen Vorlagen machen zu können. Bei diesem Anlaß theilen wir Ihnen noch mit, daß wir es für unumgänglich nothwendig erachten, das bisherige fixe Renumerationsverhältniß umzuändern, wie wir dieß bei allen schweizerischen Agenturen eingeführt haben. Da das Fixum ganz dem Inspektor zu Theil wurde, so kann bei Neubesetzung dieser Stelle die Aenderung ohne jegliche Schwierigkeit durchgeführt werden und zweifeln wir nicht, daß Sie damit einverstanden sein werden. Gleichzeitig werden wir ein spezielles Reglement für die Reiseentschädigungen aufstellen.

Ueber den weitern Gang der Anlegenheit ist aus den Akten nichts ersichtlich. Der nächste Brief datirt vom 31. März 1884; er ist unterzeichnet von Direktor Witt und enthält unter Bezugnahme auf eine persönliche Unterredung mit dem Kläger das Gesuch an diesen um Zusendung einer Rechnung über die Forderung, die er noch an die Gesellschaft stelle mit dem Bemerken, nach den Büchern der letztern stehe ihm kein Guthaben mehr zu. Der Kläger scheint indessen damals die Angelegenheit nicht weiter betrieben zu haben. Erst im Sommer 1886, — es hatte inzwischen ein Direktionswechsel stattgefunden, — gelangte er wieder an die Beklagte, indem er ihr, „einem ausgesprochenen Wunsche entsprechend", eine Erklärung des gewesenen Direktors Witt in Hamburg bezüglich des zwischen Rappolt und der Gesellschaft s. Z. abgeschlossenen Vertragsverhältnisses übermachte und der Hoffnung Ausdruck gab, daß Jene nunmehr seine Forderung ab 1. Januar 1883 bis zur Lösung des Vertrages nicht mehr beanstanden werde. Jene Erklärung des Witt in Form einer Zuschrift an Rappolt, datirt Hamburg den 3. April 1886, hat folgenden Wortlaut:

„Auf Ihren Wunsch bescheinige ich Ihnen, daß das mit Ihnen s. Z. abgeschlossene Abkommen, welches in einem bei den Akten der Eidg. T.-V.-Gesellschaft in Zürich befindlichen Vertragsentwurfe festgestellt ist, vollständig zu Recht besteht und daß Sie danach auf eine Vergütung von 3000 Fr. per anum bis zum Zeitpunkt der Lösung dieses Verhältnisses Anspruch haben, soweit diese Vergütung noch nicht von Ihnen bezogen worden ist."

Einen neuen Anlauf zur Erledigung der Provisionsangelegenheit nahm der Kläger 2 Jahre später, indem er sich am 25. Juli 1888 in einem längern Schreiben an die beklagte Gesellschaft wandte mit dem Begehren, daß sie ihn endlich einmal befriedige. Darauf erfolgte eine persönliche Besprechung mit dem gegenwärtigen Direktor Wettstein und nach zwei weitern Zuschriften des Klägers vom 27. September und 12. Oktober 1888 der Bescheid der Beklagten, daß der Verwaltungsrath aus naheliegenden Gründen nicht im

Falle sei, auf die von ihm erhobenen Ansprüche einzutreten.

Nun endlich betrat Rappolt den Rechtsweg, indem er beim Handelsgericht Forderungsklage im Betrage von 1750 Fr. nebst Zins seit August 1883 einklagte und zur Begründung anführte. Das, obgleich nicht auf einer förmlichen, *unterschriebenen* Vertragsurkunde fußende, dennoch und zwar in Anlehnung an einen schriftlichen Vertragsentwurf fest abgeschlossene und thatsächlich ins Leben getretene Anstellungsverhältniß zwischen ihm und der Beklagten habe gedauert vom 15. Juli 1882 bis 1. August 1883. Da er aber erst bis Ende 1882 bezahlt worden sei, so verlange er Entrichtung des noch ausstehenden Salairs für die folgenden 7 Monate bis 1. August 1883 à raison des Provisionsfixums von 3000 Fr. per Jahr mit 1750 Fr. nebst Zins.

Die Beklagte bestritt, daß je ein perfektes Vertragsverhältniß zwischen ihr und dem Kläger bestanden habe. Von einem Vertragsentwurf sei in den Archiven der Gesellschaft nichts zu finden und ebensowenig enthalten die Protokolle der Gesellschaftsorgane irgend einen Eintrag, der auf den Bestand des behaupteten Anstellungsverhältnisses schließen ließe, während doch der Direktor nach § 58 der Statuten von sich aus keine Agenturen bestellen oder aufheben könne, sondern dießfalls die Genehmigung des Vorstandes einzuholen habe. Eventuell sei das Verhältniß kein Dienstmietheverhältniß im Sinne der Art. 338 u. f. des O.-R. gewesen, sondern es habe sich der Kläger in einer bloßen und freien Vermittlungsstellung befunden, ähnlich der eines Commissionärs. Eventuell habe das angebliche Provisionsfixum nur bis Ende 1882 und auf keinen Fall über den 1. Mai 1883 hinaus Geltung gehabt. Aber auch für diese Zeit wäre Kläger nur dann und insoweit bezugsberechtigt, als er die Provision dem Acquisiteur Dreifuß ausbezahlt habe, was, weil nicht geschehen, auch nicht nachgewiesen werden könne. Die vorgelegten Quittungen, die nicht anerkannt werden, weisen nur eine monatliche Leistung an Dreifuß pro Jenner, Februar und März 1883 und bloß von je 200 Fr. aus. Das lange Zuwarten mit der Klage beweise zur Genüge, daß ein Anspruch nicht bestehe und übrigens wäre derselbe auch verjährt.

In persönlicher Befragung erklärte der Verwaltungsrath Ed. Fierz: Rappolt, resp. sein Angestellter Dreifuß habe als Acquisiteur gesucht, der Gesellschaft Dienste zu leisten, d. h. Policen aufzunehmen. Die Gesellschaft habe sich an Rappolt *als Agenten* gehalten. Ueber das Verhältniß mit Dreifuß sei er (Fierz) erst nachher aufgeklärt worden, als Rappolt gesagt habe, das, was er von der Gesellschaft bekomme, müsse er dem Dreifuß geben. Rappolt resp. sein Acquisiteur habe auch noch während der ersten 4 Monate des Jahres 1883 gesucht, Versicherungsverträge für die Gesellschaft aufzunehmen. Wenn etwas bei dieser Thätigkeit herausgekommen wäre, hätte Rappolt die Provision auch für diese 4 Monate zu gut. Aber es sei eben anzunehmen, daß dießfalls zwischen Witt und Rappolt abgemacht worden sei, denn sonst wäre letzterer mit seiner Forderung schon früher gekommen. Schon im März und April 1883 habe die Direktion der Gesellschaft mit Rappolt etwa „ein Hühnlein" zu rupfen gehabt, aber vom 1. Mai weg habe dieser gar nichts mehr zu thun gehabt; auf einen Geschäftsbrief, den die Gesellschaft in den ersten Tagen des Mai geschrieben, habe er gar nicht geantwortet. Wenn zwischen der Gesellschaft und Rappolt ein Vertrag beziehungsweise der Entwurf eines solchen bestanden, so hätte er, Fierz, denselben schreiben müssen, da dieß zu seinen Funktionen gehört habe, es sei aber nichts Derartiges gemacht worden.

Die Klage wurde im Betrage von 1000 Fr. gutgeheissen, bezüglich der Mehrforderung dagegen abgewiesen.

Gründe:

1. Die Beklagte hat die Existenz eines Dienst- oder Anstellungsverhältnisses zwischen ihr und dem Kläger bestritten und zwar auch für die Zeit vor dem 1. Januar 1883. Wenn man aber die Quittung vom 4. Januar 1883 in Verbindung mit der nachherigen Geschäftskorrespondenz ins Auge faßt, so kann ein Zweifel nicht aufkommen, daß s. Z. zwischen den Litiganten eine Vereinbarung bestanden hat des Inhaltes, es solle der Kläger eine

Agentur der eidgenössischen Transportversicherungsgesellschaft übernehmen, d. h. er solle in Verbindung mit einem Acqusiteur (Inspektor) Versicherungsverträge aufzunehmen suchen gegen eine fixe Entschädigung von Frk. 3000 per Jahr. Der Grund, weßhalb die Beklagte nicht direkt einen solchen Acquisiteur für sich engagirte, sondern sich des Klägers bediente, ist darin zu suchen, daß man sich die Erfahrungen dieses im Versicherungswesen unbestrittenermaßen bewanderten Mannes zu Nutze machen wollte und von ihm namentlich Dienste in der Richtung erwartete, daß er vermöge seiner Personenkenntniß Geschäftsverbindungen anknüpfen werde.

2. Der Annahme eines so umschriebenen Anstellungsverhältnisses, welches sich zweifellos als Dienstvertrag (Art. 338 des O.-R.) darstellt, steht die Thatsache, daß in den Protokollen der beklagtischen Gesellschaft die Agentur Rappolt nicht erwähnt sein soll, durchaus nicht entgegen. Damit wäre ja nicht gesagt, daß dieses Vertragsverhältniß den Vorstandsmitgliedern nicht dennoch habe bekannt sein können. Nach der persönlichen Erklärung des Verwaltungsrathes Ed. Fierz ist vielmehr davon auszugehen, die Stellung des Klägers sei für die der Gesellschaft nahe stehenden Persönlichkeiten eine offenkundige gewesen, und es darf dieselbe auch dann nicht eine zweideutige oder irgendwie unehrenhafte genannt werden, wenn er einen Theil des sogenannten Provisionsfixums für sich behielt. Einmal hatte sich die Gesellschaft nicht darum zu kümmern, wie der Unteragent oder Inspektor für seine Dienste entschädigt werde, da sie ja mit demselben in keinen Vertragsbeziehungen stand, sondern, wie Verwaltungsrath Fierz sagt, sich einzig an ihren Agenten, den Kläger hielt. Sodann aber war es nicht unbillig, wenn der Kläger für seine Mühewalt eine kleine Entschädigung beanspruchte, und sollte dieselbe auch nur in der Ausübung der Controle über den Acquisiteur bestanden haben.

3. Was die Dauer des Bestandes jenes Dienstverhältnisses betrifft, so darf mit aller Beruhigung angenommen werden, dasselbe habe mindestens bis zum 1. Mai 1883, wo der Inspektor Dreifuß zu Folge Kündigung ab Seite des Klägers zurücktrat, fortbestanden und es habe Letzterer wenigstens für die Zeit vom 1. Januar bis 1. Mai Anspruch auf das vertraglich zugesicherte Fixum. Darauf, ob die Thätigkeit des Klägers bezw. seines Unteragenten in diesen 4 Monaten eine mehr oder weniger ersprießliche gewesen sei, kommt nichts an, weil ein festes Salair vereinbart war. Die Unthätigkeit derselben hätte allenfalls für die Beklagte das Recht zur Aufhebung des Dienstvertrages und einen Anspruch auf Schadenersatz begründen können.

4. Damit, daß der Kläger sich veranlaßt sah, dem Dreifuß die Anstellung als Acquisiteur auf 1. Mai von sich aus zu künden und der Einladung der Beklagten, Vorschläge für einen neuen Inspektor zu Handen des Vorstandes zu machen, keine Folge leistete, hatte das Dienstverhältniß zwischen ihm und der Gesellschaft von selbst sein Ende erreicht und es bedurfte weiter keiner Kündigung ab Seite der Letztern. Dasselbe bestund ja wesentlich darin, daß der Kläger der Beklagten die Dienste eines Acquisiteurs unter seiner Controle zu Gebote stellte; mit dem Weggang des Unteragenten fiel der Vertrag in sich selbst zusammen. Dafür, daß die Meinung obgewaltet habe, es solle der Kläger trotz dem Wegfall des Inspektors das Provisionsfixum von jährlich 3000 Frk. für seine persönlichen Bemühungen beziehen, liegt nicht das Mindeste vor; eine solche Vereinbarung auf wesentlich veränderter Grundlage müßte vom Kläger doch erst nachgewiesen werden. Gegen eine solche Annahme spricht der Umstand, daß die Beklagte nach dem Austritt des Dreifuß ein neues Uebereinkommen mit abgeändertem Modus betr. die Vergütung der Dienstleistungen in Aussicht nahm und daß der Kläger der Anschauung, es müsse nun neu contrahirt werden, nicht entgegentrat. Es wird auch nicht etwa behauptet, daß der Kläger in der Zwischenzeit vom 1. Mai bis 1. August 1883 die bisher dem Inspektor obgelegene Thätigkeit selbst verrichtet und aus diesem Grunde Anspruch auf das Honorar habe; es liegt übrigens nicht ein einziger Geschäftsbrief vor, den der Kläger nach dem 1. Mai an die Gesellschaft gerichtet hätte.

5. Auf Grund vorstehender Ausführungen kommt dem Kläger das vereinbarte Provisionsfixum von 250 Frk. per Monat für weitere 4 Monate mit Fr. 1000 zu; gegen die Zinsforderung vom 1. August 1883 an ist eventuell nichts eingewendet worden. Der Standpunkt der Verjährung der Forderung ist heute nicht weiter eruirt worden und zwar mit Recht, da ein Honoraranspruch seinem Wesen nach nicht ein solcher auf eine periodische Leistung im Sinne des Art. 147 Zif. 1 des O.-R. ist, und es sich im vorliegenden Falle nicht um Vergütung der Arbeit eines Bureauangestellten (Art. 147 Z. 3 des O.-R.) handelt.

Lebensversicherung.

Klage der Präsumtiverben der Versicherten auf Feststellung der von der Versicherungsgesellschaft bestrittenen Zahlungspflicht. Bestreitung der Aktivlegitimation.

Was gilt als Vertragsrecht, der Statuten- oder Prospect-Inhalt? Vertraglicher Ausschluß der Zahlungspflicht im Falle des Selbstmordes, wenn er die Folge von Geistesstörung ist. Causalzusammenhang. Begriff des Selbstmordes überhaupt.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 9. Februar 1889.

Erben Fiertz ca. *Lebensversicherungsbank Stuttgart.*

Im Mai 1887 schloß Frau Dr. Wilhelmine Fiertz-Nägeli in Riesbach mit der Lebensversicherungs- und Ersparnißbank in Stuttgart 4 Lebensversicherungsverträge (Policen 70,421 bis 70,424) über eine Summe von zusammen 30,000 Fr. ab. In einem vom Januar 1887 datirten Prospekt der Gesellschaft findet sich unter Anderm folgende Stelle: „Tod durch Unglücksfall oder durch mutwilliges Wagniß oder Duell wird gewöhnlichen Todesfällen gleich betrachtet und auch im Falle des *Selbstmordes* wird die *volle Versicherungssumme ausbezahlt*, wenn solcher in Folge von Geistesstörung oder schwerer körperlichen Leiden verübt wurde; unter allen Umständen aber werden beim Selbstmord die geleisteten Einlagen und wenn die Versicherung gegen *einmalige* Zahlung abgeschlossen war, das Deckungskapital, sofern solches höher als die Einlage ist, zurückvergütet (Näheres siehe § 45 der Statuten). Ein Statutenexemplar scheint der Versicherten anläßlich der Vertragsunterhandlungen nicht zugestellt worden zu sein, wenigstens ist dieß nicht behauptet worden. Der § 45 der revidirten Statuten vom 1 Jenner 1887, der auch in den Policen abgedruckt ist, lautet:

„Im Falle der Selbstentleibung oder wenn der Versicherte an den Folgen einer versuchten Selbstentleibung stirbt, steht den Betheiligten, mag die That im zurechnungsfähigen oder nicht zurechnungsfähigen Zustande erfolgt sein, *kein rechtlicher Anspruch auf die Versicherungssumme zu*, die Bank gibt aber als Abfertigung bei Versicherungen gegen Jahresprämienzahlungen die geleisteten Prämien abzüglich der auf die Police entfallenden Dividenden (§§ 23—25) insoweit diese Einzahlungen nicht mehr als die versicherte Summe betragen, und bei Versicherungen gegen einmalige Einzahlung die geleistete Einlage oder das volle Dekungskapital, wenn letzteres höher als die Einlage ist, an die Interessenten zurück."

„Wenn jedoch *nach dem Ermessen der Direktion* die That in Folge von Geistesstörung oder schwerer körperlicher Krankheit verübt wurde, so wird die ganze Versicherungssumme ausbezahlt werden."

„Gegen den ablehnenden Entscheid der Direktion steht den Betheiligten die Anrufung des Verwaltungsrathes zu, welcher endgültig darüber zu beschließen hat."

Frau Dr. Fiertz trat die Policen hinterher an 4 verschiedene Personen behufs Deckung von Guthaben derselben, theils als Faustpfand und theils zu Eigenthum ab.

Im Mai 1888 glaubten die Kinder der Frau Dr. Fiertz aus verschiedenen Vorgängen schließen zu sollen, daß die Geisteskräfte ihrer Mutter bedeutend zerrüttet sein müssen. Sie nahmen deßhalb eine Bevormundung derselben in Aussicht und ersuchten, um eine Grundlage für ihre bezügliche Antragstellung

zu gewinnen, den Herrn Professor Forel an der Irrenheilanstalt Burghölzli, die Mutter zu beobachten und seine Ansicht über deren Geisteszustand abzugeben. Am 13. Mai untersuchte Herr Professor Forel die Patientin und bezeugte am gleichen Tage, er habe ihre Geisteskräfte derart geschwächt gefunden, daß er auf amtliche Requisition hin bereit sei, ein Gutachten über ihre Dispositionsunfähigkeit abzugeben, indem er eine Vormundschaft für dringend nöthig erachte, wenn weitere Unglücke verhindert werden sollen. Am 14. Mai reichten darauf die Kinder Fiertz dem Gemeindrath Riesbach einen Bevormundungsantrag ein und dieser ersuchte den Herrn Professor Forel um Abgabe seines in Aussicht gestellten Gutachtens. Dieses schriftliche Gutachten trägt das Datum vom 15. Mai 1888 und schließt dahin:

„Wir stehen somit nicht an, unser Gutachten dahin abzugeben,

„daß Frau Dr. Wilhelmine Fiertz-Nägeli dauernd an einem erheblichen Grad geistiger Schwäche und Verworrenheit leidet, durch welchen sie außer Stande gesetzt wird, ihre Vermögensangelegenheiten selbständig zu besorgen.“

Am gleichen 15. Mai 1888 starb Frau Dr. Fiertz und zwar fand sie ihren Tod dadurch, daß sie sich an diesem Tage Mittags bei Zollikon in den Züricher See stürzte, in welchem sie dann als Leiche aufgefunden wurde. In seinem Condolenzschreiben an einen Sohn der Verstorbenen sagt Herr Professor Forel: „Ich habe mir Vorwürfe gemacht, daß ich die Möglichkeit einer solchen Katastrophe nicht ins Auge gefaßt habe. Sowohl Ihre Angaben, als das Bild der armen Kranken sprachen dagegen. Und dennoch hätte man darauf Bedacht nehmen sollen etc.“ In einem spätern Zeugniß des Herrn Prof. Forel endlich steht zu lesen: „Nach gründlicher Prüfung auf ihren Geisteszustand kam ich zu der Ueberzeugung, daß Frau Dr. Fiertz seit längerer Zeit an einer stets zunehmenden constitutionellen Geistesstörung litt, welche zu einer immer wachsenden Zerrüttung ihrer Geisteskräfte führte. Wie ihre Krankheit lag, stehe ich nicht an, den Selbstmord als die Folge derselben d. h. ihrer geistigen Zerrüttung zu betrachten. Frau Dr. Fierz war in Folge ihres verwirrten Geisteszustandes und der durch denselben bedingten unsinnigen Handlungen in beständiger ängstlicher Unruhe, wodurch der Selbstmord erklärt wird.“

Das über den Nachlaß der Verstorbenen aufgenommene öffentliche Inventar zeigt auch bei Aufnahme der Lebensversicherungssumme von 30,000 Fr. noch ein bedeutendes Defizit (ca. 30—40,000 Fr.). Trotzdem nahmen die gesetzlich zur Erbschaft berufenen 3 Kinder der Verstorbenen den Nachlaßtritt für den Fall in Aussicht, als die Versicherungsgesellschaft angehalten werde, die *ganze* Summe von 30,000 Fr. auszuzahlen. Sie schlossen mit den verschiedenen Policeninhabern (Cessionaren und Faustpfandgläubigern) eine Uebereinkunft ab, wonach die letztern, für den Fall als die Gesellschaft zur Auszahlung genannter 30,000 Fr. verpflichtet und daraufhin der Erbschaftsantritt erklärt werde, sich verpflichten, den Erben die Policen zum Zweck des Inkassos der Versicherungssummen aushinzugeben gegen Bezahlung gewisser Prozentsätze ihrer Forderungen und auf den Rest der letztern zu verzichten. Beim Gericht wurde unter Berufung auf den § 948 des P.-G.-B. (neu) um Erstreckung der Deliberationsfrist bis nach durchgeführtem Streit mit der Lebensversicherungsgesellschaft nachgesucht und dieselbe gewährt, falls die Klage gegen letztere binnen bestimmter Frist eingereicht werde. Die Klageeinleitung erfolgte rechtzeitig und zwar traten als Kläger die drei Kinder der Verstorbenen (ihre Präsumtiverben) auf mit der Streitfrage, ob die beklagte Gesellschaft nicht verpflichtet sei, die Gesammtversicherungssumme von 30,000 Franken *an die legitimirten Policeninhaber*, sqeciell für den Fall des Nachlaßantrittes an die Kläger als Intestaterben zu bezahlen.

Die Beklagte, *welche auf dem Vergleichswege die Bezahlung von 20,000 Fr. anerboten hatte*, mit dieser Offerte aber zurückgewiesen worden war, bestritt die Schuldpflicht gänzlich. Sie verlangte zunächst Abweisung der Klage *angebrachtermassen*, weil Kläger Angesichts der Thatsache, daß Frau Fierz die Policen zu ihren Lebzeiten

an dritte Personen abgetreten habe, gar nicht legitimirt seien, den nachgesuchten Entscheid zu verlangen. Der Lebensversicherungsvertrag sei *immer* ein Vertrag zu Gunsten Dritter und zwar erscheinen als berechtigte Dritte zunächt diejenigen Personen, die der Versicherungsnehmer bei Lebzeiten als solche bezeichne und Mangels einer solchen Bezeichnung seine Hinterbliebenen *ohne Rücksicht darauf, ob sie den Nachlass antreten oder nicht.* Auch die Berechtigung der letztern sei eine solche aus dem Vertrage, sie treten als *Singular-* und nicht als Universalsuccessoren in die Vertragsrechte der Versicherten ein, woraus folge, daß der Antritt oder Nichtantritt des Nachlaßes mit der Legitimationsfrage nichts zu thun habe und die Berufung der Kläger auf den § 948 des P.-G.-B. unzutreffend sei.

Die Bestreitung der Schuldpflicht an sich wurde darauf basirt, daß ein Selbstmord der Versicherten vorliege, in diesem Falle aber nach § 45 der Statuten eine *Rechtspflicht* der Gesellschaft zur Zahlung der Versicherungssumme überall nicht bestehe, auch dann nicht wenn die That in *un*zurechnungsfähigem Zustande erfolgt sei. Im letztern Falle könne wohl die Direktion *aus freiem Ermessen* die Entrichtung der ganzen oder eines Theils der Summe verfügen, aber ein Rechtsanspruch bestehe nicht und übrigens werde durchaus bestritten, daß der Selbstmord in Folge Geistesstörung verübt worden sei.

Die Kläger verwiesen bezüglich der Aktivlegitimation darauf, daß sie mit Einwilligung der Policeninhaber klagen und einfach die Feststellung der Zahlungspflicht *zu Gunsten der Berechtigten im Allgemeinen* verlangen. In materieller Beziehung wurde behauptet, daß der Selbstmord die Zahlungspflicht der Beklagten deßwegen nicht ausschließe, weil er die Folge einer Geistesstörung der Versicherten sei und ihr deßhalb nicht zur Schuld angerechnet werden könne.

Das Bezirksgericht Zürich nahm an, dass die Kläger zwar zur Klage legitimirt, dieselbe aber materiell unbegründet sei. Es stützte seinen Entscheid im Wesentlichen auf folgende Erwägungen:

1. Die Beklagte führe richtig aus, daß bei der Lebensversicherung das Recht auf die Bezahlung der Versicherungssumme nicht als ein Aktivum des Nachlaßes aufzufassen sei, sondern, sofern der Versicherte nicht eine bestimmte andere Person bezeichnet habe, *direct und ohne Rücksicht auf die Erbfolge* bei den nächsten Familienangehörigen desselben als Forderungsberechtigter existent werde.

2. Diese Auffassung sei indeß den Klägern nur günstig, denn sie beweise, daß dieselben den § 984 des P.-G.-B. zur Begründung ihrer Aktivlegitimation gar nicht bedürfen, weil sie selbst im Falle der Nachlaßausschlagung als legitimirt anerkannt werden müssen, sofern die Forderungsberechtigung nicht dritten Personen zustehe.

3. Das letztere werde nun freilich von der Beklagten behauptet. Allein so sehr diese Thatsache ins Gewicht fallen würde, wenn es sich um eine *Erfüllungs*klage handeln würde, so unerheblich sei sie hier, wo die Kläger lediglich die *Feststellung* der nach ihrer Behauptung der Beklagten obliegenden Rechtspflicht zur Bezahlung der Versicherungssumme verlangen. Bei einer solchen Feststellung genüge es, wenn die Kläger ein rechtliches Interesse daran, daß das Gericht sich über die ihm vorgelegte Frage ausspreche, darthun können und dieß sei geschehen, was sich aus der einfachen Betrachtung ergebe, daß ja der ganze Streit über die andere Frage, wer der eigentliche Gläubiger der Police sei, gegenstandslos erscheine, sofern die Forderungen an sich nicht für existent erklärt werden. Dazu komme, daß die Gefahr einer nochmaligen Belangung der Beklagten durch die Erklärungen der in Betracht kommenden Vindikanten der Police ausgeschlossen sei, weil nach diesen der Entscheid auch für sie Recht schaffen müsse.

4. Der § 45 der beklagtischen Statuten bilde, da er in den Policen zum Abdruck gelangt sei, einen Bestandtheil des Versicherungsvertrages und sei daher für die Frage, ob die Gesellschaft im Falle der Selbsttödtung zur Zahlung angehalten werden könne, maßgebend.

5. Die Bestimmung, daß bei Selbstentleibung, möge die That in zurechnungs- oder

unzurechnungsfähigem Zustande erfolgt sein, den Interessenten ein rechtlicher Anspruch auf die Versicherungssumme nicht zustehe, habe nun allerdings nicht die Meinung, daß die Gesellschaft die Gefahr einer jeden, auf die eigene Thätigkeit des Versicherten zurückzuführenden Tödtung von sich ablehnen wolle. Denn wenn sich ein Fieberkranker dadurch den Tod gebe, daß er in gänzlich unbewußtem Zustande zum Fenster hinausspringe, so würde die Beklagte daraus sicherlich keinen Liberationsgrund herleiten können (siehe Zeitschrift für Schweiz. Recht, N. F. Bd. IV. S. 529 u. folg.). Wohl aber cessire die Zahlungspflicht der Gesellschaft nach dem Sinn der genannten Bestimmung dann, wenn eine Selbstentleibung im eigentlichen Sinne vorliege d. h. der Versicherte sich im vollen Bewußtsein von den Folgen seiner Handlung, in der Absicht, sein Leben zu enden, den Tod gegeben habe, gleichgültig, ob ihm diese Handlung zum Verschulden angerechnet werden könne oder nicht. Das Kriterium sei nicht etwa das, daß es sich um eine imputable Selbsttödtung handle, sondern als entscheidend könne einzig und allein die Thatsache angesehen werden, daß der Tod von dem Versicherten selbst gewollt gewesen sei. Treffe das zu, so sei die Forderung aus dem Versicherungsvertrage nicht existent geworden, weil das Zahlungsversprechen nur für den Fall des unfreiwilligen, nicht aber auch für den des absichtlich herbeigeführten Todes abgegeben worden sei.

6. Diese Auffaßung werde durch das lemma 2 des § 45 der Statuten nicht ausgeschlossen, weil hier eine bindende Zusicherung nicht gegeben, sondern es dem Ermessen der Direktion anheimgestellt werde, ob sie finde, daß eine Selbstentleibung die Folge von Geistesstörung sei oder nicht. Denn damit sei auch die Zahlungspflicht selbst von ihrer Willkühr abhängig gemacht.

7. Weil die Kläger gar nicht behaupten, daß der Tod der Frau Fiertz ein unfreiwilliger, nicht gewollter gewesen sei, so werde die Schuldpflicht nach dem Angeführten mit Recht bestritten.

8. Wenn man aber auch davon ausgehen wollte, es habe die Beklagte die Zahlung der Versicherungssumme nicht nur für den Fall eines unfreiwilligen Todes, sondern auch für die bewußte, jedoch im Wahnsinn verübte Selbsttödtung versprochen, so müßte die Klage dennoch abgewiesen werden, weil der Selbstmord der Verstorbenen nicht als Ausfluß einer Geisteskrankheit betrachtet werden könne. Denn so richtig es auch sei, daß sich dieselbe nicht in einem normalen Geisteszustand befunden habe, so falsch wäre auf der andern Seite die Annahme, daß bei derselben im Momente der That alle und jede Willensfreiheit ausgeschlossen gewesen sei, sie sich also den Tod, einem innern, unabweisbaren Triebe folgend, habe geben müssen. Weit natürlicher sei die andere Erklärung, daß die Verstorbene ihren oekonomischen Ruin, der nach der eigenen Darstellung der Kläger kaum mehr zu vermeiden gewesen, nicht habe überleben wollen und es deßhalb nach Würdigung aller Verhältnisse vorgezogen habe, ihrem Leben selbst ein Ziel zu setzen.

Gegen dieses Urtheil ergriffen Kläger die Berufung an die Appellationskammer des Obergerichtes, unterlagen aber auch hier.

Gründe:

1. Der Vertreter der Beklagten hat in erster Linie die Aktivlegitimation der Kläger bestritten, da die Erben eines gestorbenen Versicherten nicht berechtigt seien, als Universalsuccessoren die Versicherungssumme zu verlangen, sondern nur als Singularsuccessoren, sofern sie nämlich berechtigte Inhaber der Versicherungspolice seien, was hier nicht zutreffe. Die erste Instanz hat die Richtigkeit dieses Argumentes zugegeben für den Fall, daß die Kläger eine Klage auf Erfüllung einer Verbindlichkeit gestellt hätten, dagegen die Richtigkeit derselben bestritten für den Fall der Feststellungsklage, welche hier gestellt worden sei. Der Vertreter der Beklagten beharrt auch vor zweiter Instanz auf seiner Bestreitung der Aktivlegitimation, da es sich nicht um eine Feststellungs- sondern um eine Erfüllungsklage handle. Nun will nach dem Wortlaute der Weisung mit der Klage offenbar nichts Anderes bezweckt werden als daß die Versicherungssumme in den Nachlaß der

verstorbenen Frau Dr. Fiertz einbezahlt werden soll, ganz abgesehen von der Frage, wer auf diese Summe Anspruch habe, die Erben oder die Faustpfandgläubiger; die Kläger fordern die Summe heute nicht aus eigenem Rechte für sich; daher ist die Klage als eine Feststellungsklage aufzufassen, der § 948 des P.-G.-B. enthält denn auch die Bestimmung, daß die Präsumtiverben, noch ehe die Frage entschieden ist, ob sie die Erbschaft antreten oder nicht, mit den Erbschaftsschuldnern Prozeß führen dürfen darüber, ob gewisse Vermögensbestandtheile zum Nachlaße gehören oder nicht. Die Kläger sind also aktiv legitimirt.

2. Was die Hauptfrage betrifft, ob die Beklagte verpflichtet sei, die Versicherungssumme auszubezahlen, so ist dieselbe mit der ersten Distanz zu verneinen. Vor Allem muß es im höchsten Grade auffallen, daß der „Prospect“, auf welchen hin der Versicherungsvertrag abgeschlossen wird, lautet: „Im Falle von Selbstmord wird die volle Versicherung ausbezahlt, wenn solcher in Folge Geistesstörung oder schwerer körperlicher Leiden verübt wurde“, während in § 45 der Statuten festgesetzt ist, der Selbstmord, möge er in zurechnungsfähigem oder unzurechnungsfähigem Zustande verübt worden sein, gebe keinen rechtlichen Anspruch auf die Versicherungssumme; wenn jedoch nach dem Ermessen der Direktion die That in Folge Geistesstörung oder schwerer körperlicher Krankheit verübt worden, so werde die ganze Summe ausbezahlt werden. Der Wiederspruch zwischen diesen beiden Bestimmungen liegt nämlich auf der Hand. Während nach dem Prospecte wie auch nach der Prämienquittung die Bezahlung der vollen Versicherung im Falle von Selbstmord in Folge Geistesstörung versprochen wird, wird nach den Statuten die Bezahlung der Versicherung in solchen Fällen dem Ermessen der Direction überlassen. Ein solcher Widerspruch sollte im Interesse derjenigen, welche ihr Leben versichern lassen, nicht bestehen bleiben, da sonst leicht irrthümliche Ansichten über die Haft der Gesellschaft entstehen. Wenn es sich nun frägt, ob für die Haftpflicht der Gesellschaft der Prospekt oder die Statuten maßgebend seien, so ist die Frage unbedingt in ersterm Sinne zu beantworten, denn auf den Prospekt hin wurde der Vertrag abgeschlossen; die Statuten waren der Versicherten zur Zeit des Vertragsabschlusses offenbar unbekannt, der Prospekt aber enthielt die Vertragsofferte, die acceptirt wurde.

3. Die Gutheißung der Klage hängt also davon ab, ob der unbestrittene Selbstmord der Versicherten in Folge Geistesstörung verübt worden ist oder nicht. Nun liegt allerdings ein Gutachten des Professors Forel, Direktor der Irrenheilanstalt Burghölzli vor vom 13. Mai (der Selbstmord wurde am 15. Mai verübt), welches einen erheblichen Grad geistiger Schwäche der Versicherten constatirt, wodurch sie außer Stand gesetzt sei, ihre Vermögensangelegenheiten selbst zu besorgen und in einem spätern Zeugniß sagt Forel, er stehe nicht an, die That als die Folge der Krankheit d. h. der geistigen Zerrüttung zu betrachten; in Folge ihres verwirrten Geisteszustandes und der dadurch bedingten unsinnigen Handlungen habe sich die Verstorbene in beständiger ängstlicher Unruhe befunden, wodurch der Selbstmord erklärt werde; — es wird also anzunehmen sein, daß die Versicherte zur Zeit ihrer That in geistig zerrüttetem Zustande sich befunden habe. Eine andere Frage aber ist die, ob diese Geistesstörung die *Ursache* des Selbstmordes gewesen sei. Diese Frage hat der Richter selbständig zu beantworten, er ist hier nicht an das Gutachten des Experten gebunden, welcher übrigens in diesen Punkten auch nicht ganz sicher zu sein scheint, da er in seinem Briefe an den Sohn Otto Fiertz schreibt: „Das Bild der armen Kranken ließ solches (Selbstmord) nicht befürchten“, es auch nicht für nöthig gehalten hat, dieselbe unter Aufsicht zu stellen oder den Transport in die Irrenanstalt zu fordern. Im vorliegenden Falle ist nun zu beachten, daß die Versicherte seit längerer Zeit schwindelhafte Geschäfte betrieben hatte, daß sie von ihren Gläubigern gedrängt wurde und daß die bevorstehnde Bevogtigung alle Schwindeleien aufgedeckt, ja vielleicht eine Strafklage wegen Betruges zur Folge gehabt hätte. Jedenfalls war die Lage für die Versicherte zur

Zeit der That so, daß der Selbstmord seine Erklärung findet, ohne daß man Geistesstörung annehmen muß. Wenn nun zu den äußern Umständen, welche ihre Lage zu einer sehr gefährdeten machten, noch der gestörte geistige Zustand, wie er durch das Gutachten festgestellt ist, hinzutrat, so läßt sich der Entschluß, sich das Leben zu nehmen, unschwer erklären um so eher als es nur wenige Fälle von Selbstmord geben mag, wo der Thäter sich nicht in mehr oder weniger gestörtem Geisteszustande befindet.

4. Sicher ist, daß, wie schon die erste Instanz anführt, und wie in der Zeitschrift für schweizerisches Recht weiter ausgeführt ist, jede Versicherungsgesellschaft die Versicherungssumme bezahlen muß, wenn der Versicherte in völlig unbewußtem Zustande Hand an sich legt, also z. B. im Fieberwahnsinn sich aus dem Fenster stürzt, denn dieß ist keine absichtliche Abkürzung des Lebens, sondern ein Unglücksfall. Daraus folgt aber nicht, daß wenn, wie hier, die Gesellschaft die Bezahlung der Versicherungssumme für den Fall des Selbstmords in Folge Geistesstörung verspricht, sie bezahlen muß in allen den Fällen, wo der Versicherte zwar geisteskrank ist, aber doch noch einsehen kann, daß die von ihm vorgenommene Handlung den Tod herbeiführt. Zwischen dem angeführten „Unglücksfall" und den dem vorliegenden ähnlichen Fällen liegen noch andere Fälle, wo der Selbstmord wirklich die Folge der Geisteskrankheit ist und der Causalzusammenhang deutlich vorliegt, es sind diejenigen, wo der Selbstmörder zwar weiß, daß in Folge seiner Handlung der Tod eintritt, wo aber die Selbstbestimmung gänzlich aufgehoben ist in Folge eines unwiderstehlichen Dranges, wenn z. B. Jemand in religiösem Wahnsinn sich kreuzigen läßt. Für solche Fälle wollte sich offenbar die Beklagte verpflichten, die Versicherungssumme zu bezahlen, nicht aber für Fälle, wie der vorliegende, wo die geistige Störung nur ein mitwirkendes Motiv ist zur That, ein Umstand mehr, aus dem die That zu erklären ist; wo der geistige Zustand nur insofern eine Rolle spielt als die betreffende Person nicht mehr vollständig willensfrei ist, sodaß sie der äußern Zwangslage geistig weniger gerüstet gegenübersteht als sonst.

Nach dem Gesagten ist die Klage abzuweisen.

Distanzkauf.

Vertragsauslegung bezüglich der Frage, ob der Verkäufer die vollständig fracht- und zollfreie Lieferung der Waare nach Zürich übernommen oder aber neben der Fracht nur eine gewisse Quote an den Eingangszoll (3 Fr. von 30 Frkn. per 100 Kilo) zu tragen sich verpflichtet habe.

Ist der Irrthum des die fracht- und zollfreie Lieferung der Waare übernehmenden Verkäufers über die Höhe des Zollbetrages ein wesentlicher (Art. 19 Zif. 4 des O.-R.) oder ein unwesentlicher im Sinne von Art. 21 des Obligationenrechts?

Obergericht Zürich, Appellationskammer,
2. Februar 1889,
i. S. *Carl Lapp*, Fabrikant in Papieren und Carton, München, Kläger,
contra
August Feldheim, Cartonhandlung in Außersihl, Beklagten.

Am 5. August 1888 schrieb der Beklagte an den Kläger, er hätte Bedarf in grauen Düten und Beuteln, aber nur große Posten von 10,000 Kilo. „Wenn Sie mir hierin billige Offerten stellen können, *franko Fracht Zoll Zürich*, so sehe ich Ihren Mustern mit Angabe äußerster Preise entgegen. *Der Zoll beträgt 3 Fr. per 100 Kilo.*" Am 7. August offerirte sodann der Kläger dem Beklagten seine Waare (Düten und Beutel in braun Packpapier) unter Uebersendung einer Musterkollektion zu bestimmten in einer beigelegten Preisliste genannten Preisen, beifügend: „Ich liefere Ihnen die Waare bei Abnahme von Originalpäcken *Zoll- und frachtfrei Station Zürich.*" Der Beklagte fand die notirten Preise zu hoch und wünschte einen Rabatt von 15 % auf denselben, der Kläger antwortete aber, daß er darauf nicht eintreten könne. Das Aeußerste, das er zu

thun in der Lage sei, bestehe in der Gewährung von 5 % Sconto als Vergütung für Baaranschaffung innerhalb 4 Wochen à dato der Factur. Darauf trat nun der Beklagte ein, er gab eine Bestellung auf zu den im klägerischen Preiscourants erwähnten Preisen, lieferbar *franko Fracht und Zoll Zürich*. in der Meinung, daß vom Facturapreis bei Baarzahlung innerhalb 4 Wochen 5 % Sconto abgezogen werden sollen. Am 12. September 1888 schickte der Kläger die bestellte Waare in *un*frankirter Sendung ab und übermachte dem Beklagten gleichzeitig die Factur. Diese lautet auf 458 Mark 30 Pfg. oder Fr. 572. 87 Kaufpreis. Davon sind abgezogen:

An Fracht 800 Kilo
à Fr. 4. 41 = Fr. 37. 70
An Zoll 800 Kilo à
3 Fr. = „ 24. —
zusammen „ 61. 70
es blieben somit Fr. 511. 17,
wovon weiter abgerechnet wurden
5 % Sconto mit „ 25. 55,
sodaß als eigentlicher Schuldbetrag
verblieben wäre die Summe von Fr. 485. 62

Am 16. September wurde dem Beklagten seitens der Nordostbahn die Ankunft der Sendung avisirt. Nach dem Frachtbrief hafteten auf der Waare:

Frachtgebühren Fr. 37. 70 und
Zoll „ 241. 05
Zusammen Fr. 278. 75.

Sofort schrieb der Beklagte dem Kläger, daß der Zoll laut Frachtbrief nicht nur 24 Fr. ausmache, sondern 241 Fr. 05 und müsse er daher verlangen, daß dieser höhere Betrag am Kaufpreis in Abzug gebracht werde, weil er franco Fracht und Zoll Zürich gekauft habe. Bevor er die Zustimmung des Klägers hiezu habe, beziehe er die Sendung nicht, sondern lasse sie im Lagerhaus liegen. Der letztere weigerte sich, mehr als 24 Fr. Zoll am Facturabetrag in Abrechnung bringen zu lassen, indem er sich darauf berief, daß der Beklagte ihm am 3. August ja selbst geschrieben habe, der Zoll per 100 Kilo betrage 3 Fr. und beifügte: „Haben Sie falsche Angaben gemacht, so kommen Sie selbstredend auch dafür auf.“ Es konnte keine Einigung erzielt werden. Der Beklagte nahm indessen die Waare dann doch in Empfang, um die großen Spesen zu vermeiden, immerhin waren bereits 5 Fr. 20 Lagerspesen aufgelaufen, mit denen sich der gesammte, auf der Waare haftende Spesenbetrag auf 283 Fr. 45 Rp. belief.

Der Kläger stellte dann die Kaufpreisklage. Er verlangte die Bezahlung von 511 Fr. 17, d. h. des Facturapreises abzüglich 37 Fr. 70 Fracht- und 24 Fr. Zollspesen. Den Sconto von 5 % glaubte er nicht mehr gewähren zu müssen, weil nicht innerhalb 4 Wochen bezahlt worden sei. Der Beklagte beharrte darauf, daß der ganze Zollbetrag von 241 Fr. 05 abgerechnet werden müsse und verlangte Vergütung der 5 Fr. 20 Lagerspesen und Gewährung des versprochenen Scontos von 5 %. Der Kläger behauptete, daß er nicht schlechthin die zollfreie Lieferung übernommen, sondern sich nur verpflichtet habe, an den Zoll 3 Fr. per 100 Kilo zu bezahlen. Eventuell könne er eine Verpflichtung der genannten Art wegen wesentlichen Irrthums (error in quantitate), nach Art. 19 Zif. 4 des O.-R. als unverbindlich anfechten und wenn der Irrthum nicht als ein wesentlicher angesehen werden wollte, so müsse doch der Gesichtspunkt der *betrüglichen* Verleitung zum Vertragsabschluß (Art. 24 des Obl.-R.) durchschlagen.

Der Beklagte hielt daran fest, daß der erklärte Vertragswille *unbedingt* auf zollfreie Lieferung gegangen sei und bestritt, daß auf Seite des Klägers von einem wesentlichen Irrthum gesprochen werden könne. Wenn ein Irrthum überhaupt angenommen werden wolle, so könne er nur als unwesentlicher qualifizirt werden. Den Vorwurf des Betruges müsse er entschieden ablehnen. Er beziehe sein Packpapier meistens aus Deutschland und auf diesem betrage der Zoll 3 Frk. per 100 Kilo. Da auch die bestellten Düten und Beutel aus Packpapier angefertigt seien, so habe er in guten Treuen angenommen, daß der Zoll der gleiche sein werde und deßhalb die bezügliche Bemerkung im Brief vom 3. August beigefügt. Die vorliegende Sendung sei die erste, die er in Papier*fabrikaten* (Düten und Beutel) aus dem Auslande beziehe und habe

er deßhalb die Differenz im Zoll gegenüber Rohmaterial nicht kennen können. Wollte man aber seine Bemerkung im Brief vom 3. August als förmliche Vertragszusicherung erklären, so mache er dann *seinerseits* die Einrede des wesentlichen Irrthums geltend.

Die Klage wurde abgewiesen, beziehungsweise nur im anerkannten Betrage gutgeheißen.

Gründe:

1. Die Klage wird als Kaufpreisklage begründet und da die Parteien darin einig gehen, daß bezüglich der in der Faktur vom 12. September 1888 genannten Waaren zu den daselbst aufgeführten Preisen ein Kaufvertrag zwischen ihnen zu Stande gekommen ist und der Kläger als Verkäufer seinerseits erfüllt hat, so ist an sich auch klar, daß der Beklagte verpflichtet ist, den Kaufpreis mit 458 Mark 30 Pfg. oder 572 Fr. 87 Rp. zu bezahlen. Dieser an sich liquiden Forderung stellt er nun aber 2 Gegenforderungen zur Compensation gegenüber und der Streit dreht sich bloß darum, ob und inwieweit diese Compensationseinrede begründet ist.

2. Die erste zur Verrechnung verstellte Post betrifft die vom Beklagten unbestrittenermaßen verausgabten Fracht- und Zollspesen. Die Gutheißung derselben hängt davon ab, ob sich diese Ausgabe rechtlich als eine für den Kläger gemachte Leistung darstellt oder nicht und diese Frage ist dann zu bejahen, wenn der letztere die fracht- und zollfreie Lieferung der Waare nach Zürich übernommen hat, denn in diesem Falle ist er es, der die Fracht- und Zollspesen zu tragen hat und stellt sich somit deren Verausgabung durch den Beklagten als eine für ihn gemachte Leistung dar, die er ihm zu vergüten schuldig ist.

3. Der Kläger nimmt den Standpunkt ein, er habe die Lieferung der Waare nach Zürich *auf seine Kosten* nur in dem beschränkten Umfange übernommen, daß er die Fracht und an den Zoll 3 Fr. per 100 Kilo zu tragen habe, währenddem ein allfälliger Mehrzoll vom Beklagten als Käufer zu bestreiten sei. Allein diese Auffassung kann nicht als richtig anerkannt, sondern es muß mit dem Beklagten gesagt werden, daß der erklärte Vertragswille dahin gegangen sei, es übernehme der Kläger schlechthin und ohne jede Einschränkung die fracht- und zollfreie Spedition der Waare nach Station Zürich. Die Korrespondenzkarte des Beklagten vom 5. August gehört noch nicht zu den eigentlichen Vertragserklärungen, denn sie enthält nur eine Einladung an den Kläger, ihm eine bestimmte Verkaufsofferte zu machen, gegründet auf spesenfreier Lieferung der Waare nach Zürich. Die Bemerkung: „der Zoll beträgt 3 Fr. per 100 Kilo“ ist nicht ein Vertragsanerbieten des Beklagten, dahingehend, daß der Kläger den Zoll bis auf diesen Betrag übernehmen solle, wogegen *er* das Plus zu tragen sich anheischig mache. Dagegen spricht entscheidend, daß unmittelbar vorher gesagt ist, der Beklagte erwarte eine Verkaufsofferte im Sinne fracht- und zollfreier Lieferung nach Zürich Dieser Umstand beweist genügend, daß mit dem Zusatz: „der Zoll beträgt 3 Fr. per 100 Kilo“ nur eine unmaßgebliche Meinung über die ökonomische Tragweite der verlangten Verpflichtung, spesenfrei nach Zürich zu liefern, geäußert werden wollte. Und anders hat der Kläger die Sache auch nicht aufgefaßt, denn sonst würde er seine Verkaufsofferte vom 7. August nicht einfach dahin gefaßt haben, er liefere fracht- und zollfrei nach Station Zürich, sondern er hätte in irgend einer Form angedeutet, daß er die zollfreie Lieferung nur unter der Voraussetzung übernehme, als die Angabe des Beklagten über die Höhe des Zolles richtig sei bezw., daß er den Zoll nur in dem vom Beklagten angegebenen Umfange tragen wolle und folglich ein angeblicher Mehrbetrag von diesem zu übernehmen sei. Man kann ja wohl zugeben, daß der Kläger, als er schlechthin die fracht- und zollfreie Lieferung nach Zürich offerirte, gestützt auf die Angabe des Beklagten davon ausging, der Zoll werde nicht mehr als 3 Fr. per 100 Kilo betragen, allein das ist zunächst vollständig gleichgültig für die Frage, welches der von ihm *erklärte* Vertragswille sei. Als solcher kann hier nur das geschriebene Wort gelten und dieses lautet ganz unzweideutig und völlig unmißverständlich dahin, daß er schlechthin und ohne jede

Einschränkung fracht- und zollfrei nach Zürich liefern wolle.

4. Wie bereits gezeigt worden, begründet die gegebene Feststellung des Vertragsinhaltes dahin, daß der Kläger fracht- und zollfrei nach Zürich zu liefern habe, die Befugniß des Beklagten, den von ihm ausgelegten Fracht- und Zollbetrag an der Kaufsumme in Abrechnung zu bringen und daran muß nun auch in der Folge festgehalten werden. Denn wenn der Kläger die angegebene Verpflichtung aus dem Gesichtspunkte des wesentlichen Irrthums anficht, so negirt er das Klagefundament selbst und wäre hienach eigentlich ganz abzuweisen, weil ganz klar ist, daß der behauptete Irrthum, seine Erheblichkeit vorausgesetzt, den Kläger nur zur Anfechtung des *ganzen* Kaufgeschäftes und nicht bloß eines Bestandtheiles desselben, speziell der Verabredung darüber, welcher der beiden Contrahenten die Transport- und Zollspesen zu tragen habe, berechtigen würde. Der Irrthum eines Contrahenten kann nie eine Vertragsmodification, sondern nur eine Vertragsaufhebung zur Folge haben. Die letztere aber würde dem Kläger nur das Recht geben, seine Leistung zurückzufordern oder wenn der Beklagte bereits über die Waare verfügt hat, ihn aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung zu belangen. Auf dieses rechtliche Fundament ist aber der Klaganspruch nicht basirt worden und es hat der Kläger auch nicht nachgewiesen, daß der Beklagte im Umfange des Klaganspruches bereichert sei, ein Nachweis, der auch kaum zu führen wäre. Es ist aber auch der behauptete wesentliche Irrthum nicht vorhanden. Denn was der Kläger versprochen hat, die fracht- und zollfreie Lieferung der Waare nach Zürich wollte er auch und besteht somit zwischen Wille und Erklärung keine Differenz, wesentlich ist aber nur der Irrthum, welcher eine solche Differenz nach sich zieht. Der wirkliche Sachverhalt ist vielmehr der, daß sich der Kläger über den Werth der von ihm übernommenen Leistung geirrt hat. Er ging davon aus, der Zoll bis nach Zürich werde nicht höher als auf etwa 24 Fr. zu stehen kommen und gerade deßwegen übernahm er unbedingt die zollfreie Lieferung. Effectiv beträgt nun aber der Zoll rund 240 Franken, der Werth der gewollten und übernommenen Leistung ist also bedeutend höher als Kläger glaubte, dieser Irrthum fällt aber nicht unter den Art. 19 Zif. 4, sondern unter den Art. 21 des O.-R. Auch der Standpunkt der betrüglichen Verleitung zur Vertragsschließung seitens des Beklagten ist ein verfehlter, weil thatsächlich nicht begründet und weil er, wenn begründet, nur eine Anfechtung des *ganzen* Kaufgeschäftes ermöglichen würde, in diesem Falle aber die Klage ebenfalls nur aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung hätte begründet werden können, was weder thatsächlich noch rechtlich geschehen ist. Der Kläger hätte allerdings den Standpunkt einnehmen können, er genehmige das Geschäft trotz des Betruges, verlange aber Schadenersatz (Art. 28 des O.-R.) und verstelle aus diesem Gesichtspunkte auf Grund der Art. 28 und 50 des O.-R. der Forderung des Beklagten auf Vergütung der Zollspesen eine Schadenersatzforderung im Umfange des Mehrzolles über 3 Fr. per 100 Kilo hinaus zur Compensation. Diesen Weg hat er aber nicht betreten und zwar deßwegen mit Recht, weil es an dem Nachweis, daß der Beklagte ihn betrügerischer Weise zur Vertragsschließung verleitet habe, durchaus mangelt. Dießfalls ist von Bedeutung die Thatsache, daß der Eingangszoll in die Schweiz auf nicht verarbeitetem Packpapier unbestrittenermaßen 3 Fr. per 100 Kilo beträgt und daß der Zolltarif keine deutliche Angabe über die Belastung von Packpapierfabrikaten enthält. Denn dieser Umstand läßt die Behauptung des Beklagten, er habe angenommen, daß jener Zollansatz auch auf Papiersäcken und Beuteln hafte, als durchaus plausibel erscheinen. Das Beweisanerbieten des Klägers dafür, daß der Beklagte schon viel gleiche Waare aus Deutschland bezogen habe, ist in dieser Allgemeinheit unerheblich. Wesentlich wäre nur die weitere Behauptung gewesen, daß der Beklagte bei den betreffenden Lieferungen in die Lage gekommen sei, den Zoll selbst zu verausgaben, denn nur daraus hätte geschlossen werden können, daß ihm dieser bekannt gewesen sei. Zudem ist die ge-

nannte Behauptung in keiner Weise substantiirt.

5. Der vom Beklagten verausgabte Betrag beträgt 283 Fr. 45. Darin sind allerdings 5 Fr. 20 Lagerspesen inbegriffen. Allein diese hat Kläger deßwegen zu vergüten, weil er die Lagerung durch seine zu weitgehenden, unbegründeten Ansprüche verschuldet hat.

6. Der Beklagte beansprucht ferner die Gewährung eines Scontos von 5 % und zwar, wie er heute ausdrücklich bemerkt hat, nur auf dem Betrag, der sich nach Abzug der Fracht und Zollspesen vom Fakturawerth ergibt. Dieser Sconto ist ihm unter der Bedingung zugesichert worden, daß er innerhalb 4 Wochen vom Datum der Factur an Baarzahlung leiste. Die Bedingung ist nicht eingetreten und daraus würde zunächst die Unbegründetheit des Anspruches folgen. Allein der Beklagte kann sich auf Art. 176 des O.-R. d. h. auf die Thatsache stützen, daß Kläger den Nichteintritt der Bedingung verschuldet habe und dieselbe deßhalb als erfüllt gelten müsse. Die Verschuldung des Klägers liegt darin, daß er unbegründeter Weise eine zu hohe Forderung stellte und ist erheblich, weil die rechtzeitige Zahlung nur durch diesen Umstand verhindert wurde.

7. Nach diesen Ausführungen stellt sich die Rechnung wie folgt:

Die Faktur beträgt: 458 M. 30 oder	Fr. 572.87
Davon gehen ab an Fracht und Zollspesen	„ 283.45
und bleiben	Fr. 289.42
Von diesem Betrag kommen ferner in Abzug 5 % Sconto mit	Fr. 14.47
und hat folglich der Beklagte noch zu bezahlen	Fr. 274.95

welcher Betrag von ihm heute auch anerkannt worden ist.

8. Der Beklagte anerkennt, von der gutzuheißenden Summe Zinsen zahlen zu müssen, er bestreitet aber den klägerischerseits behaupteten Zinsfuß von 6 % mit Recht. Die Höhe des letztern richtet sich nicht, wie klägerischerseits heute geltend gemacht wurde, nach den Vorschriften des deutschen Handelsgesetzbuches, sondern nach denjenigen des schweizerischen Obligationenrechtes. Denn da Angesichts der vom Kläger übernommenen Francolieferung nach Zürich dieses als vertraglicher Erfüllungsort angesehen werden muß, so ist Mangels aller Anhaltspunkte für eine gegentheilige Willensmeinung der Contrahenten auch davon auszugehen, daß sie ihr Vertragsverhältniß dem hießigem Rechte unterwerfen wollten. Nach diesem aber (Art. 83 O.-R.) können nur 5 % gutgeheißen werden.

Prozessualisches.

Kompetenz der Gerichte (sachliche). Sie ist nicht vorhanden mit Bezug auf den Entscheid der Frage, wem die Kosten einer nach Maßgabe von Art. 4 des eidgenössischen Fabrikgesetzes geführten amtlichen Untersuchung (ob dem Fiscus oder Fabrikbesitzer) aufzulegen seien.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 9. Februar 1889.

Am 26. Oktober 1888 ist der anno 1873 geborne Albert Sigg von Dörflingen in der mechanischen Werkstätte der Firma Escher Wyß & Cie., wo er als Lehrling thätig war, beim Schmieren einer im Arbeitsraum befindlichen Transmission verunglückt, indem er von einer neben dem Anries befindlichen Stellschraube an der Aermelweste erfaßt, in die Höhe gezogen und mehrmals um den Wellbaum herumgeschleudert wurde, wobei er den linken Arm verlor.

Gestützt auf die Ergebnisse der vom Statthalteramt Zürich gemäß Art. 4 des eidgenössischen Fabrikgesetzes angeordneten Untersuchung und den Bericht des Fabrikinspektors hat der Regierungsrat mit Beschluß vom 8. Dezember 1888 die Firma Escher Wyß & Cie angewiesen:

a. unverzüglich eine gründliche Revision über das Vorkommen vorstehender Schraubenköpfe, Keile etc. an den Transmissionswellen und Riemenscheiben in ihren Etablißementen vorzunehmen und alle gefährlichen Angriffspunkte zu be-

seitigen, zu versenken oder zu überkapseln,

b. von der Verwendung von Lehrjungen für die Manipulationen an den Transmissionen Umgang zu nehmen und darauf geübte, erwachsene Arbeiter für diese Verrichtungen zu vevwenden.

Mit Zuschrift vom 20. Dezember 1888 übermittelte das Statthalteramt Zürich Beschluß und Akten dem Bezirksgericht Zürich mit dem Antrag, die erlaufenen Kosten auf die Gerichtskasse zu übernehmen.

Das Gericht legte jedoch die Kosten der Firma Escher Wyß & Cie. auf, weil dieselbe den Sigg zu der fraglichen Arbeit nicht hätte verwenden sollen und noch einzelne Einrichtungen habe bestehen lassen, welche die Sicherheit der Arbeiter gefährden. Ueber dieses Kostendecret beschwerten sich Escher Wyß & Cie. und beantragten, sowohl von formellen als materiellen Gesichtspunkten ausgehend, dessen Aufhebung. Sie siegten ob. Das Decret wurde, als von incompetenter Stelle erlaßen, aufgehoben.

Gründe:

1. Die Rekurrentin bestreitet die Kompetenz der Gerichte, die durch Untersuchungen vorliegender Art verursachten Kosten Privatpersonen aufzulegen. Damit will offenbar gesagt werden, die Gerichte seien zur Behandlung und zum Entscheid der Kostenfrage in Untersuchungssachen aus dem Fabrikgesetz überhaupt nicht competent. Denn daß denselben, wenn ihre Zuständigkeit an sich begründet wäre, auch die Cognition darüber zukäme, welcher Partei im concreten Fall die ergangenen Kosten aufzulegen seien, ist in der Berichterstattung des Bezirksgerichtes richtig hervorgehoben worden.

2. Als Bestreitung der sachlichen Zuständigkeit der Gerichte zur Erledigung derartiger Untersuchungen hinsichtlich des Kostenpunktes aufgefaßt, erscheint nun aber die Beschwerde in der That begründet.

3. Die durch Art. 4 des Fabrikgesetzes vorgeschriebene amtliche Untersuchung ist rein administrativer Natur. Abgesehen von rein statistischen Zwecken soll sie zunächst die dazu berufenen Organe (Statthalteramt, Fabrikinspektor, Regierung) veranlassen, Umschau zu halten und allfällige Mißstände durch administrative Maßnahmen abzustellen. In zweiter Linie soll sie eine erste und wesentliche Grundlage für die Prüfung der Frage nach den Ursachen und Folgen eines Unfalles schaffen d. h. die Interessen sowohl des Arbeiters als des Arbeitgebers für den Fall einer weitern, strafrechtlichen oder civilrechtlichen Verfolgung der Sache wahren.

4. Durch diesen letztern Zweck erhält jedoch die Untersuchung keineswegs den Charakter einer *Strafuntersuchung*, sondern sie qualificirt sich nach wie vor als Administrativ- oder Polizeisache. Sie wird ja auch nicht auf Denunziation eines Dritten, sondern auf die Selbstanzeige des Fabrikbesitzers hin angehoben. In allen solchen Fällen handelt es sich also lediglich um administrative und polizeiliche Erhebungen, die ja überall da, wo die Funktionen getrennt sind, dem Statthalteramt, Abtheilung *Verwaltung und Polizei*, nicht demjenigen, Abtheilung *Strafsachen* zugewiesen werden und welche unter allen Umständen gemacht werden müssen, liege eine Strafklage vor oder nicht und führe das Resultat zu einer solchen oder nicht. Das Verfahren zur Feststellung einer Unfallsursache ist nicht gleichbedeutend mit der strafrechtlichen Untersuchung gegen den oder die Urheber des Unfalls. Ueber die Kosten der letztern, wenn sie sistirt wird, haben die Gerichte zu entscheiden und zwar selbstverständlich nach ihrem Ermeßen zu Gunsten oder zu Lasten der einen oder andern Partei.

5. Dagegen kann es unmöglich angehen, den Entscheid über die Kosten einer Administrativ- oder Polizeiuntersuchung in analoger Anwendung des § 775 des Rechtspflegegesetzes, den Gerichten zuzuweisen. Eine solche Praxis widerspricht vielmehr sowohl den Kompetenzbestimmungen des § 85 als dem genauen Wortlaut des § 775 des Rechtspflegegesetzes, welcher ausdrücklich nur die Kosten einer sistirten *Straf*untersuchung zum Gegenstand hat.

6. Das richtige Verfahren wäre wohl, in solchen Fällen einfach durch Regierungsbeschluß mit den materiellen Anordnungen auch ein Kostendecret zu erlassen und die Kosten

entweder dem Etablissementsbesitzer aufzulegen oder den kantonalen Verwaltungsorganen zur Regulirung zuzuweisen oder dann nach Analogie des Verfahrens bei Polizeiübertretungen, welche nicht an die Gerichte gelangen (§ 1040 u. f. des Rechtspflegegesetzes) vorzugehen.

7. Das erstgenannte Verfahren scheint, wie aus einem Rekursalentscheid des Bundesrathes vom 9. September 1881 hervorgeht, auch in andern Kantonen beobachtet zu werden, bei welchem Anlaße der Bundesrat sich beiläufig auch dahin ausgesprochen hat, daß die Kostenauflage an einen Etablißementsbesitzer aus Art. 4 des Fabrikgesetzes mit Bundesvorschriften nicht im Wiederspruch stehe, da das Fabrikgesetz dießfalls keine Bestimmungen enthalte.

8. Im Uebrigen ist auf das Materielle der Sache nach dem Gesagten nicht weiter einzutreten.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. April 1889. VIII. Band. № 6.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter“ erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die „Amerikanische Schweizer-Zeitung“, 18 Ann Str., New-York.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Schadenersatz

aus unerlaubter Handlung (ungünstige Kritik eines Gasthauses in einem Reisehandbuch). Art. 50 und 55 des O.-R.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 26. Februar 1889,
i. S. *Wittwe Pfyffer*, Besitzerin der Pension Pfyffer in Vitznau, Klägerin
gegen
Orell Füssli & Cie., Verlagsbuchhandlung in Zürich, Beklagte.

Durch Vertrag vom 5. September 1887 erwarben die Beklagten von den Intestaterben des am 28. April 1887 in St. Gallen verstorbenen Jwan von Tschudi das Verlags- und Eigenthumsrecht des bis zum genannten Vertragsdatum in 29ter. Auflage erschienenen Reisehandbuches: „Der Tourist in der Schweiz“ und ließen sodann Anfangs 1888 die 30te neu bearbeitete Auflage dieses Reisehandbuches erscheinen. In diese neue Auflage wurde folgende, bereits in der 29. Auflage befindlich gewesene Notiz über die Vitznauer Gasthöfe unverändert herübergenommen: „Hotel Rigibahn mit Restauration, comfortabel und trefflich; Hotel und Pension Rigi mit schattigem Garten, gelobt; *Hotel und Pension Pfyffer mit Waldanlagen, minder*; Hotel und Pension Weißes Kreuz, einfach, beliebt.“

Am 5. September 1888 leitete die Klägerin beim Friedensrichteramt Zürich gegen die Beklagten eine Schadenersatz- bezw. Genugthuungsklage ein und machte sodann, da ein Ausgleich nicht möglich war, den Streit beim Bezirksgericht Zürich anhängig. Sie verlangte 10,000 Fr., reducirte dann aber diese Summe zweitinstanzlich auf 5000 Fr. Zur Begründung des Klaganspruches wurde angeführt: Die Kritik, welche in der 30. Auflage des Handbuches an der von ihr betriebenen Pension Pfyffer geübt werde, stelle diese als eine außerordentlich schlechte dar. Darüber könne mit Rücksicht auf die Bedeutung, welche man dem Ausdrucke: „minder“ allgemein beimesse, ein Zweifel nicht obwalten. „Minder“ enthalte noch eine schlimmere Qualification als „gering“ oder sogar „sehr gering“. Nun habe aber kein Grund vorgelegen, ihre Pension in dieser außerordentlich abfälligen Weise zu beurteilen, da dieselbe stets gut und solid geführt worden sei und alle gerechten Ansprüche befriedigt habe. Die

geübte Kritik sei also objektiv ungerecht und grundlos. Dieselbe stelle sich aber auch, subjektiv betrachtet, als eine rechtswidrige dar. Denn die Thatsache, daß die Beklagten nur eine von dem frühern Redaktor des Touristen in das Buch aufgenommene Bemerkung wiederholt haben, könne dieselben keineswegs entlasten. Vielmehr liege auch darin, daß der Ausdruck ohne nähere Prüfung in die neue (30.) Auflage herübergenommen worden sei, unzweifelhaft eine schuldhafte Handlungsweise. Die Aufnahme der objektiv unrichtigen Kritik in das Reisehandbuch, ohne alle Prüfung, begründe den Thatbestand der unerlaubten Handlung und die daraus folgende Verpflichtung zur Zahlung einer Entschädigungs- und Genugthuungssumme. Was den Schaden betreffe, so sei ohne Weiteres klar, daß die abfällige Beurtheilung ihres Etablissements in einem so verbreiteten Reisehandbuche, wie es der Tourist sei, einen äußerst nachtheiligen Einfluß auf den Geschäftsbetrieb geäußert habe, wenn auch der ziffermäßige Nachweis des Schadens schwer zu erbringen sei.

Die Kritik enthalte aber auch eine so schwere Kränkung der Pensionsinhaberin, daß, — abgesehen von der Ausgleichung des entstandenen Schadens, — die Zusprechung einer Genugthuungssumme im Sinne von Art. 55 des O.-R. vollkommen gerechtfertigt sei.

Die Beklagten bestritten, daß sie sich einer unerlaubten Handlungsweise schuldig gemacht haben. Es sei durchaus gebräuchlich, bei der Veranstaltung einer neuen Auflage von solchen Reisehandbüchern Bemerkungen über Gasthöfe in empfehlendem oder tadelndem Sinne einfach aus der unmittelbar vorangegangenen Auflage herüberzunehmen, wenn gegen dieselben von keiner Seite Reklamationen erhoben worden seien. Und nun habe die Klägerin gegen die in der 29. Auflage enthaltene Qualification ihres Etablisements niemals Einwendungen gemacht. An der Richtigkeit der geübten Kritik zu zweifeln, hätten sie überhaupt um so weniger Veranlaßung gehabt als die Unparteilichkeit Jwan von Tschudis und die Zuverläßigkeit seiner Mittheilungen allgemein — und zwar mit Recht anerkannt gewesen sei.

Die Klägerin anerkannte, daß sie gegen die Kritik ihrer Pension in der 29. Auflage niemals reklamirt habe, erklärte aber diese Thatsache damit, daß ihr die bezügliche Notiz nie zu Gesichte gekommen sei. Erst nach dem Erscheinen der 30. Auflage habe sie von der abfälligen Beurtheilung ihres Etablissements Kenntniß erhalten.

Die Klage wurde von beiden Instanzen abgewiesen.

Gründe:

1. Die Frage, ob die Beklagten sich durch die Herübernahme der das klägerische Hotel betreffenden Notiz aus der 29. in die von ihnen publicirte 30. Auflage des „Touristen" einer unerlaubten Handlungsweise schuldig gemacht haben, ist selbst auf den Fall zu verneinen als davon ausgegangen wird, daß die geübte Kritik eine objektiv unrichtige gewesen sei.

2. Mag es sich mit dieser Kritik wie immer verhalten, so konnten die Beklagten jedenfalls annehmen, daß dieselbe beim Erscheinen der 29. Auflage eine durchaus zutreffende und den Verhältnissen entsprechende gewesen sei. Hiefür sprach einerseits die von der Klägerin selbst nicht angefochtene Unparteilichkeit und Gewissenhaftigkeit, mit welcher Jwan von Tschudi sein Reisehandbuch redigirt hatte, anderseits aber auch der Umstand, daß die Klägerin niemals gegen die Qualification ihrer Pension in der frühern Auflage protestirt hatte. Gerade diese letztere Thatsache fällt erheblich zu Gunsten der Beklagten in Betracht, da dieselben wohl dafür halten konnten, daß ein schweizerischer Hotelwirt jeweilen die neuesten Auflagen der schweizerischen Reisehandbücher angeschafft und somit auch Gelegenheit gehabt haben werde, allfällige, in ihnen enthaltene, ungünstige Bemerkungen über sein Etablissement, wenn ungerechtfertigt, sofort auf geeignete Weise zu unterdrücken.

3. Die Annahme nun aber, daß die Beklagten keine Veranlaßung hatten, die Richtigkeit der Kritik für die Zeit des Erscheinens der 29. Auflage anzuzweifeln, muß zu dem Schlusse führen, daß in ihrem Vorgehen ein Verschulden überhaupt nicht gefunden werden

kann. Zuzugeben ist zwar allerdings, daß die Verhältnisse sich von einer Auflage zur andern ändern können und der Redaktor eines Reisehandbuches deßhalb nicht unter allen Umständen berechtigt sein wird, Notizen, die sich in frühern Auflagen über einen Gasthof vorfanden, ohne weitere Prüfung auch in die neue Ausgabe unverändert hinüberzunehmen. Allein im vorliegenden Falle ist der Zeitraum, der zwischen dem Erscheinen der 29. Auflage und demjenigen der 30. gelegen, ein so kurzer, — derselbe beträgt nur ca. 1 Jahr, — daß man es den Beklagten kaum zumuthen konnte, bei jeder einzelnen Kritik der frühern Ausgabe nochmals genau zu untersuchen, ob dieselbe nicht in Folge Aenderung der Verhältnisse hinfällig geworden sei.

4. Da nach den Bestimmungen des schweiz. Obligationenrechtes (Art. 50 und f.) ein objektiv rechtswidriges Verhalten nur beim Vorhandensein einer Culpa zum Schadenersatze bezw. zur Zahlung einer Satisfactionssumme verpflichtet, eine solche aber nach den obigen Ausführungen nicht als vorhanden angenommen werden kann, so muß die Klage verworfen werden, ohne daß es erforderlich wäre, zu untersuchen, ob die Qualification des klägerischen Hotels als eines „minderen“ sich nicht wenigstens zur Zeit der Publikation der 30. Auflage des Touristen objektiv als eine unrichtige dargestellt habe.

Haftpflicht aus Fabrikbetrieb,

speziell für Fabrikkrankheiten (Art. 3 des Haftpflichtgesetzes vom 25. Juni 1881, Art. 1 u. 2 des Ergänzungsgesetzes vom 26. April 1887 und Bundesrathsbeschluß vom 19. Dezember 1887).

Bezirksgericht Zürich, 31. Dezember 1888. *Conrad Kunz* gegen *städtisches Gaswerk.*

Der Kläger stand vom 5. September 1887 bis 7. Jenner 1888 als Arbeiter im Dienste des städtischen Gaswerkes. Seine Arbeit bestand hauptsächlich darin, daß er in den Häusern die Gasuhren oder Gasmesser auswechseln bezw. durch andere ersetzen mußte. Seine Entlassung erfolgte, weil er sich dann und wann beikommen ließ, von den Kunden unter betrüglichen Vorgaben Geld zu erheben. Diese Handlungsweise hatte auch zur Folge, daß Kunz am 20. Januar 1888 verhaftet und wegen wiederholten einfachen Betruges im Betrage von 39 Fr. zu Gefängniß verurtheilt wurde. Während derselbe im Strafverhaft war, erkrankte er und wurde deßhalb am 3. Februar 1888 von Dr. Keretz ärztlich untersucht. Das Resultat der Untersuchung war der ärztliche Ausspruch, daß Kunz an chronischer Bleivergiftung leide und daß, falls er nicht schon früher mit Bleifarben beschäftigt gewesen und es sich bestätige, daß er im Gaswerk viel Bleiweiß zu verstreichen gehabt habe, die Vergiftung auf diese Beschäftigung zurückzuführen sei.

Am 20. April 1888 wurde Kunz aus dem Strafverhaft entlassen und trat in die Behandlung eines Ottmar Zeller, welcher dem Direktor des Gaswerkes am 27. April 1888 schrieb: „Kunz leidet an Bleilähmung. Ueber die Dauer der seit gestern begonnenen elektrischen Behandlung ist nichts Sicheres zu sagen; wahrscheinlich wird sie 3—6 Monate bis zur völligen Wiederherstellung in Anspruch nehmen. Auch nach völliger Wiederherstellung wird Kunz die frühere Arbeit meiden müssen, weil er sonst Gefahr läuft, wieder in gleicher Weise zu erkranken.“

Am 26. Mai stellte der Kläger an die Direktion des Gaswerkes eine Schadenersatzforderung, wurde aber zurückgewiesen und betrat darauf den Prozeßweg. Er klagte einen Schaden von 500 Fr. ein, weil er in Folge der mit seiner Beschäftigung im städtischen Gaswerk zusammenhängenden Krankheit (Bleilähmung) seit dem 20. April 1888 (dem Tage seiner Entlassung aus dem Strafverhaft) nicht habe arbeiten können und noch längere Zeit arbeitsunfähig bleiben werde. In rechtlicher Beziehung wurde die Klage auf Art. 3 des Fabrikhaftpflichtgesetzes vom 25. Juni 1881, Art. 1 des Haftpflichtgesetzes vom 26. April 1887 und auf den Bundesrathsbeschluß vom 19. Dezember 1887 über die Vollziehung von Art. 5 lit. d des Fabrikgesetzes gestützt.

Die Beklagte anerkannte, daß das städti-

sche Gaswerk unter dem Haftpflichtgesetz stehe, bestritt aber, daß die klägerische Krankheit, soweit sie überhaupt festgestellt sei, mit der frühern Beschäftigung des Klägers im städtischen Gaswerk zusammenhänge und behauptete eventuell, daß Selbstverschulden des Klägers vorliege, weil er es an der gewöhnlichsten Reinlichkeit habe fehlen lassen.

Bei der Auswechslung von Gasuhren hatte der Kläger hauptsächlich nur mit Messingverschraubungen zu thun, welche mit Hülfe einer Lederscheibe und etwas Talg gedichtet werden. Bleiweiß dabei zu verwenden, war ihm geradezu untersagt, weil das bei sorgfältiger Arbeit ganz unnöthig ist. Dagegen kommt es bei dieser Arbeit, — wie der Gerichtsexperte Professor Lunge sagt, — doch öfters vor, daß man an den eisernen Rohrleitungen etwas ändern muß und hier erfolgt das Dichten der Verschraubungen dadurch, daß man mit Bleiweiß getränkte Hanffäden in die Schraubengänge einlegt. Auch muß bei Reparaturarbeiten, zu denen Kunz ausnahmsweise verwendet wurde, mit feuchtem Bleiweiß gearbeitet werden.

Der genannte Gerichtsexperte führte aus:

1. Die Frage, ob sich Kläger die Bleilähmung durch seine Beschäftigung in der Gasfabrik zugezogen haben könne, müsse angesichts der Thatsache, daß derselbe dort während einiger Monate beinahe täglich mit Bleiweiß in Berührung gekommen sei, als eine *abstrakte Möglichkeit* bejaht werden.

2. Als feststehend oder auch nur wahrscheinlich dürfe man dagegen den Causalzusammenhang zwischen der Beschäftigung des Klägers im Gaswerk und seiner Krankheit nicht betrachten und müsse eventuell sagen, daß sich derselbe die Krankheit durch sein eigenes Verschulden d. h. durch Unreinlichkeit zugezogen habe, was sich aus folgenden Betrachtungen ergebe:

Die Verwendung von Bleiweiß und von Mennige sei im Maschinenbau und bei der Erstellung von Rohrleitungen eine ganz allgemeine. Viele tausende von Arbeitern müssen „Dichtungen“ mittelst solcher Kitte täglich vornehmen, trotzdem aber seien Fälle von Bleikrankheiten unter solchen Arbeitern außerordentlich selten im Gegensatz zu allen den Gewerben, welche mit *staubförmigem* Blei und Bleipräparaten zu thun haben, wie den Bleihütten, Bleiröhrenfabriken, Bleiweißfabriken, Emailfabriken etc. Bei den letztern Gewerben habe es früher so zu sagen für unvermeidlich gegolten, daß der Arbeiter früher oder später bleikrank werde und es seien also unzählige Fälle derart beobachtet worden. Aber auch hier habe man es durch strikte Durchführung von Reinlichkeitsvorschriften durchgesetzt, daß Bleikrankheiten nur ausnahmsweise vorkommen. Auch bei den Malern sei die Gefahr derselben ungemein verringert worden, seitdem diese das Bleiweiß in schon mit Oel angeriebenem Zustande (wie es die Maschinenbauer und Gasrohrleger thun) verwenden. Daß bei den Gasrohrlegern, *die immer nur mit kleinen Mengen von Bleiweiss zu hantiren haben*, die Gefahr einer Erkrankung unendlich viel geringer sei als bei den Arbeitern in Bleiweißfabriken u. dgl. und auch noch sehr viel geringer als bei den Malern, gehe aus der sehr geringen Zahl von Erkrankungsfällen aus dieser Klasse von Arbeitern hervor und erkläre sich daraus, daß die Gefahr der Bleivergiftung bei Berührung der Finger mit geringen Mengen von Bleiweißkitt natürlich viel geringer sein müsse, als beim Einathmen von Bleidämpfen oder bleihaltigem Staub, wie es in andern Industriezweigen vorkomme. Die Gefahr sei hier sogar noch viel geringer als die der zufälligen Vergiftung durch bleihaltige Nahrungsmittel, Wasser aus Bleiröhren u. dergl., gerade weil der Arbeiter den Bleischmutz äußerlich sehe und durch einfaches Waschen, ehe er Nahrung zu sich nehme, beseitigen könne.

Angesichts dieser Verhältnisse gehe es nicht an, einen Fall von Bleikrankheit bei einem Arbeiter, wie Kläger es sei (Gasrohrleger), als eine durch ein Gewerbe bedingte und ohne direktes Verschulden des Arbeiters eingetretene Gesundheitsschädigung zu erklären, sondern man müsse vielmehr sagen, daß Kläger die Krankheit entweder durch Vernachlässigung aller gewöhnlichen Reinlichkeitsvorschriften erworben oder sich dieselbe durch einen zufälligen mit seiner Berufsthätigkeit gar nicht im Zusammenhang stehenden Um-

stand (Genuß bleihaltiger Nahrungsmittel etc.) zugezogen habe.

Die Klage wurde abgewiesen.

Gründe:

1. Nach den Zeugnissen von Dr. Keretz und Ottmar Zeller muß angenommen werden, daß der Kläger nach seinem Austritt bei der Beklagten an Bleivergiftung litt und es frägt sich nur, ob derselbe sich diese Krankheit während seiner Beschäftigung bei der letztern zugezogen hat. Dieß wird von der Beklagten bestritten und es hat daher der Kläger seine Behauptung als Fundament der Klage nachzuweisen. Kann er diesen Beweis erbringen, so haftet die Beklagte auf Grund von Art. 3 des Fabrikhaftpflichtgesetzes vom 25. Juni 1881 in Verbindung mit Art. 1 des Ergänzungsgesetzes vom 26. April 1887, weil sie anerkennt, zu den haftpflichtigen Gewerbe-Unternehmen zu gehören und weil laut Bundesrathsbeschluß vom 17. Dezember 1887 als im Sinne von Art. 3 des Fabrikhaftpflichtgesetzes gefährliche Industrien auch alle diejenigen gelten, in denen Blei zur Verwendung kommt.

2. Nach den Aussagen der Zeugen ist anzunehmen, daß der Kläger im Dienste der Beklagten beim Versetzen von Gasuhren und andern Reparaturarbeiten fast täglich Bleiweiß verwendet hat. Die Annahme läge daher nahe, daß seine Krankheit die Folge dieser Arbeit gewesen sei. Indeß ist dieß nach dem Gutachten des bestellten Experten sehr unwahrscheinlich, da bei der dem Kläger in der Fabrik der Beklagten übertragenen Arbeit Blei nur ausnahmsweise, in sehr geringen Mengen und zudem in einer verhältnißmäßig wenig gefährlichen Form (Mennige und mit Oel angeriebenes Bleiweiß) verwendet wird. Wenn auch der Sachverständige die abstrakte Möglichkeit, daß die Bleikolik, an welcher der Kläger leiden soll, die Folge seiner Beschäftigung in der Fabrik der Beklagten gewesen sei, nicht leugnet, so gelangt er dennoch zu dem Schluße, daß dieß nicht anzunehmen sei und daß die Bleivergiftung keineswegs als eine Gewerbskrankheit eines Arbeiters der Gasfabrik betrachtet werden könne. Es ist daher der dem Kläger obliegende Beweis, daß seine Krankheit ausschließlich eine Folge des Betriebes der beklagtischen Fabrik sei, nicht erbracht und deßhalb die Klage abzuweisen.

3. Wenn sich der Kläger die Krankheit aber auch im Dienste der Beklagten zugezogen hätte, so müßte die Klage dennoch abgewiesen werden, weil er in diesem Falle selbst die alleinige Schuld daran trägt, daß ihn die Krankheit befallen hat. Es ist in dieser Beziehung wiederum auf das Gutachten von Professor Lunge zu verweisen, aus welchem hervorgeht, daß die Verwendung von Bleiweiß, wie sie bei der Beschäftigung des Klägers vorkam, durchaus nicht gesundheitsschädlich ist, sofern nur die gewöhnliche Reinlichkeit beobachtet wird und daß wenn die Krankheit des Klägers überhaupt auf diese Beschäftigung zurückzuführen ist, dieß nothwendig voraussetzt, daß es derselbe an der elementarsten Reinlichkeit hat fehlen lassen und folglich sich die Krankheit durch eigenes Verschulden zugezogen hat.

Anmerkung. Die vom Kläger gegen dieses Urtheil ergriffene Appellation wurde wieder zurückgezogen.

Haftpflicht des Gewerbeunternehmers.

(Bundesgesetz vom 26. April 1887.)

Ist die Verletzung bei einer mit dem Gewerbebetrieb im Zusammenhang stehenden Verrichtung erfolgt?

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 5. März 1889.
Levin contra *Bach.*

Die auf das Haftpflichtgesetz vom 26. April 1887 gegründete Schadenersatzklage eines Malers gegenüber seinem Dienstherren wurde zweitinstanzlich mit folgender Begründung abgewiesen:

1. Der Kläger war am 10. September 1884 als Maler bei dem Beklagten angestellt. An diesem Tage begegnete ihm nach seiner Behauptung ein Unfall, den er selbst folgender-

maßen beschreibt: Etwas vor 1 Uhr Mittags, dem Beginne der Arbeitszeit, seien die Arbeiter des Beklagten in der Werkstatt mit Farbeanmachen beschäftigt gewesen; als Kläger mit den andern Malern einige Zeit auf den Beklagten gewartet und dieser nicht erschienen sei, sei er, Kläger noch vor 1 Uhr zu dem Beklagten in den ersten Stock hinaufgegangen, um ihn zu holen. Beim gemeinsamen Hinuntergehen sei er dann auf dem Hausflur mit dem rechten Fuß ausgeglitten und auf das Knie gefallen; von daher rühre seine Verletzung, die ihn für längere Zeit arbeitsunfähig gemacht habe.

2. Es frägt sich nun in zweiter Linie, ob, gesetzt diese Darstellung des Sachverhaltes sei richtig, Kläger sich die Verletzung bei Verrichtung eines Dienstes zugezogen hat, welcher im Zusammenhang mit dem Betrieb des Malereigeschäftes steht. Ist dieß zu verneinen, so braucht auf die weitern Fragen, ob Kläger sich die Verletzung wirklich in der behaupteten Weise zugezogen habe, was bestritten ist und ob in dem Gewerbe des Beklagten mindestens 5 Arbeiter in der Betriebszeit beschäftigt seien, somit das Bundesgesetz betreffend die Ausdehnung der Haftpflicht zutreffe, wofür Kläger den Beweis schon erstinstanzlich anerboten haben will, nicht eingetreten zu werden.

3. Durch das Bundesgesetz betreffend die Ausdehnung der Haftpflicht vom 26. April 1887 ist der frühere Zustand der Dinge, wie er durch das Haftpflichtgesetz vom 25. Juni 1881 geordnet war, wesentlich geändert worden. Es wurde dadurch beseitigt einerseits die Beschränkung des Haftpflichtgesetzes hinsichtlich des Ortes des Unfalles, (es kommt also nicht mehr darauf an, ob die Dienstverrichtung des Arbeiters in- oder außerhalb der Fabrikräumlichkeiten vorgenommen wurde) anderseits die Beschränkung, wonach der Unfall durch den Betrieb herbeigeführt sein müßte, um die Haftpflicht zu begründen; einzig entscheidend ist der Zweck der Dienstverrichtung; sie muß nämlich in irgend einem Zusammenhange mit dem Betriebe der Fabrik oder des Gewerbes stehen (vergleiche Zeerleder, die schweizerische Haftpflichtgesetzgebung Seite 57 und f.) Nach dem Gesetze vom Jahre 1881 wäre die vorliegende Klage aus dem einfachen Grunde abzuweisen gewesen, weil ja der Unfall nach der eigenen Darstellung des Klägers nicht durch den Betrieb des Malereigeschäftes herbeigeführt worden ist. Nach dem Gesetze vom Jahre 1887 liegt die Sache nicht so einfach.

4. Nach Art. 1 Zif. 2 lit. a des eben genannten Gesetzes fallen nicht nur die mit dem Baugewerbe in Zusammenhang stehenden Arbeiten, sondern auch die anderweitigen *Verrichtungen* unter das Gesetz. War nun die Handlung des Klägers, welcher sich in den obern Stock begab, um den Meister zu holen, eine solche dienstliche Verrichtung? *Diese Frage ist doch wohl zu verneinen.* Jedenfalls steht die Handlung in keinem nähern Zusammenhange mit dem Betriebe des Malereigeschäftes, wie dieß anzunehmen wäre, wenn Kläger z. B. im obern Stocke Farbe hätte holen oder dem Meister eine dienstliche Nachricht z. B. den Auftrag eines Kunden hätte mittheilen müssen; es war auch nicht eine sogenannte „Außenarbeit“ wie beispielsweise das Montiren der vom Fabrikanten gelieferten Maschine, des gelieferten Parketbodens und dergleichen Arbeiten, die mit dem Fabrikbetrieb doch bloß mittelbar im Zusammenhange stehen (vergleiche Zeerleder Seite 58). Die Frage ist aber auch zu verneinen, wenn man die Haft noch weiter ausdehnen will auf alle Verrichtungen eines Arbeiters, sofern nur die Handlung im Interesse eines Geschäftes überhaupt vorgenommen und des Dienstes wegen verrichtet wurde, gleichviel, ob dazu ein Auftrag gegeben worden ist oder nicht. Allerdings ging Kläger in den obern Stock, um den Beklagten zu holen, damit er den Arbeitern, die auf ihn warteten, die nöthigen Anweisungen für die Ausführung ihrer Arbeit gebe und insofern kann man sagen, er handelte im Interesse des Geschäftes. Allein es ist hier darauf zu achten, daß Kläger vor Beginn der Dienstzeit zum Beklagten hinaufging; vor 1 Uhr hatte er aber keine dienstliche Veranlaßung hiezu, denn es handelte sich ja nicht etwa um sofortige Abwendung eines drohenden Schadens oder um eine dringende Bestellung, welche eine sofortige Besprechung

des Beklagten nöthig gemacht hätte. Er machte den Gang auf eigene Gefahr und deßhalb tritt die Haftpflicht des Gewerbeinhabers nicht ein. Wenn der Vertreter des Klägers behauptet, es sei Sitte, in den Malereiwerkstätten vor Beginn der eigentlichen Arbeitszeit die Farben zu ordnen und deßhalb anzunehmen, der Unfall des Klägers sei während der Dienstzeit begegnet, so hat er einmal den Beweis dafür nicht erbracht und sodann würde dieß an dem Gesagten nichts ändern, weil jedenfalls die Anwesenheit des Meisters bei diesem Geschäfte nicht nöthig war und auch nicht behauptet wird, daß er *desshalb* geholt worden sei. Die Klage muß somit abgewiesen werden.

Haftpflicht aus fabrikähnlichem Gewerbebetrieb.

(Bundesgesetz vom 26. April 1887.)

Kausalzusammenhang zwischen Verletzung und bleibendem Nachtheil. Bestreitung desselben auf Grund der Behauptung, daß der Kläger sich ein kurwidriges Verhalten habe zu Schulden kommen lassen. Beweislast.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 19. Februar 1889,
i. S. *Hirzel*, als Kläger ca. *Frei* u. *Streitgenossen*, Beklagte.

Die Beklagten übernahmen im Jahre 1887 als Unternehmer die Ausführung eines Looses der Limmatkorrektion. Der Kläger war ihr Arbeiter mit einem Taglohn von 3 Fr. Am 14. November 1887 mußten auf der Station Dietikon Rollwagen, welche die Beklagten auf der Eisenbahn hatten kommen lassen, ausgeladen werden und es wurde dieses Geschäft in der Weise ausgeführt, daß man die Rollwagen vom Eisenbahnwagen auf einen unmittelbar neben den letztern gestellten Bruggwagen hinüberwälzte. Wie es scheint, waren zu wenig Arbeitskräfte da, denn schon der erste Rollwagen vermochte, als er das Uebergewicht erhielt, nicht gehalten zu werden, er stürzte deßhalb auf den Bruggwagen hinunter und streifte dabei die rechte Schulter des Klägers derart, daß dieselbe eine erhebliche Contusion erlitt. Noch am gleichen 14. November trat Kläger in den Spital. Am 22. November wurde er wieder entlassen mit einem Verband und der Auflage, regelmäßig in der Poliklinik zu erscheinen, damit fortwährende Untersuchung, Erneuerung des Verbandes und Ertheilung entsprechender Verhaltungsmaßregeln etc. stattfinden könne. Dieser Auflage lebte der Kläger bis Ende des Jahres 1887 nach, dann sistirte er aber den Besuch der Poliklinik eigenmächtig während 3—4 Wochen und nahm ihn erst Ende Januar oder Anfangs Februar 1888 wieder auf als Dr. Riedweg in Dietikon ihm seiner Nachlässigkeit wegen Vorwürfe machte. Daß diese Vorwürfe begründet waren, zeigte die neue Untersuchung, die eine etwelche Abmagerung des rechten Armes und im Weitern feststellte, daß die Bewegungen von Hand und Finger unvollständig und kraftlos seien. Trotzdem Kläger die Poliklinik nun wieder regelmäßig besuchte, trat keine wesentliche Besserung ein und zur Zeit kann eine dauernde Funktionsstörung des rechten Armes als festgestellt betrachtet werden. Der Kläger handelte aber nicht bloß insofern incorrect, als er den Besuch der Poliklinik eigenmächtig unterbrach, sondern auch insofern, als er sich, wie durch völlig übereinstimmende Aussagen der dießfalls einvernommenen Zeugen bewiesen ist, die ganze Zeit einem übermäßigen Schnapsgenuß hingab.

Die Beklagten verabreichten dem Kläger bis Ende Jenner 1888 Unterstützungen. Ihre Gesammtleistung an solchen beträgt 108 Fr. Als sie nun aber damit aufhörten, stellte der Kläger seine Schadenersatzansprüche. Er verlangte auf Grund des Haftpflichtgesetzes vom 26. April 1887 die Bezahlung von 7400 Fr. Die Beklagten bestritten den Causalzusammenhang zwischen dem gegenwärtigen Krankheitszustande des Klägers und der Verletzung, was Veranlaßung zur Einholung eines ärztlichen Gutachtens über diesen Punkt gab. Aus diesem Gutachten, erstattet von Professor Dr. Eichhorst, sind folgende Stellen hervorzuheben:

In 2—3 Monaten können viele solche Fälle

heilen; in andern Fällen bleiben länger bestehende Funktionsstörungen, Steifheit des Gelenkes, Schwäche der Muskulatur; doch können auch diese Zustände nach längerer Zeit verschwinden, wenn eine zweckmäßige ärztliche Behandlung gewissenhaft durchgeführt wird.

Es spricht kein Grund dagegen, daß bei richtigem Verhalten des Klägers eine Heilung möglich gewesen wäre, doch läßt sich selbstverständlich für eine solche Annahme ein objektiver Beweis nicht erbringen. Das Verhalten des Klägers war ein durchaus kurwidriges und mußte einen günstigen Ausgang in Frage stellen. Er hat den Heilverlauf verzögert, seine Gesundheit direkt geschädigt und einer Wiederherstellung der Functionen seines Armes entgegengearbeitet. Schnapstrinker dieser Art verschlechtern die Prognose bei allen solchen Verletzungen. Ihre Resistenz ist von vornherein herabgesetzt und die Restitution der Verletzung eine mangelhaftere. Durch das unrichtige Verhalten des Klägers sind die Folgen der Verletzung jedenfalls erheblich schwerer geworden. Denn der Versteifung der verschiedenen Gelenke und der Atropsie der Muskulatur des Armes hätte bei richtigem Verhalten wirksam entgegengearbeitet werden können, während Kläger mit seinem Schnapsconsum die Restitutionsfähigkeit seines Organismus schmälerte.

Das Bezirksgericht ging davon aus, es könne nur eine *dreimonatliche* Krankheit des Klägers als mit der Verletzung im Kausalzusammenhang stehend, betrachtet werden und verurtheilte deßhalb die Beklagten bloß zur Bezahlung von 234 Fr., als entgangenem Verdienst während 13 Wochen oder 78 Arbeitstagen à 3 Fr. und 21 Fr. 85 Arztkosten, also von zusammen 255 Fr. 85, abzüglich bereits bezahlter 108 Fr. = netto 147 Fr. 85.

Die zweite Instanz erhöhte dann aber diese Urtheilssumme um 300 Fr., sodass der Kläger nunmehr über die bereits empfangenen 108 Fr. hinaus im Ganzen noch 447 Fr. 85 erhält.

Gründe:

1. Es steht heute fest, daß die Verletzung der rechten Schulter, welche der Kläger durch den Unfall vom 14. November 1887 erlitten hat, eine dauernde Funktionsstörung seines rechten Arms zur Folge haben wird, welche seine Arbeitsfähigkeit für alle Zeit erheblich vermindert; allein es ist streitig, ob dieser bleibende Nachtheil die Folge jener Verletzung sei; denn die Beklagten behaupten, daß der Kläger denselben durch sein kurswidriges Verhalten selbst verschuldet habe, indem bei richtigem Verhalten die Verletzung in etwa 3 Monaten vollständig geheilt worden wäre, ohne einen bleibenden Nachtheil zu hinterlassen.

2. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß nach der Praxis des schweizerischen Bundesgerichtes die Beklagten für diese Behauptung beweispflichtig sind. Denn in einem Entscheide dieses Gerichtshofes (A. S. VII. 349, abgedruckt in Zeerleder: „die schweiz. Haftpflichtgesetzgebung pag. 84“) wird gesagt, daß die Geltendmachung eines angeblich kurwidrigen oder nachläßigen Verhaltens des Klägers rechtlich als die Behauptung aufzufassen sei, daß der Kausalzusammenhang zwischen Verletzung und Tod oder erheblichem Nachtheil durch das Hinzutreten einer selbständigen Ursache, neben welcher die Verletzung lediglich noch als *Veranlassung* und nicht als *Ursache* erscheine, unterbrochen worden sei, daß aber eine solche Unterbrechung jedendenfalls nur dann angenommen werden könnte, wenn positiv dargethan wäre, daß der tödtliche Ausgang der Verletzung oder der erhebliche Nachtheil in der That nicht durch diese selbst, sondern durch eine hinzutretende selbständige Ursache, wie verkehrte Behandlung und Vernachläßigung der Wunde durch den Verletzten u. dgl. herbeigeführt worden sei.

3. Nun haben aber die Beklagten diesen ihnen obliegenden Beweis, daß nämlich der bleibende Nachtheil nur durch das hinzutretende fehlerhafte, kurwidrige Verhalten des Klägers selbst eingetreten sei, nur theilweise geleistet; denn wenn sich auch der Experte mit Bestimmtheit dahin ausspricht, daß die Folgen der Verletzung aus diesem Grunde schwerer geworden seien, so ist er doch weit davon entfernt, den vollen den Beklagten obliegenden Beweis, daß nämlich ohne dieses

kurwidrige Verhalten die Verletzung mit 3 Monaten ohne allen und jeden bleibenden Nachtheil abgeheilt wäre, als durch die Akten erbracht zu betrachten, denn er sagt nur, es spreche kein Grund dagegen, daß bei richtigem Verhalten des Klägers eine Heilung seiner Verletzung möglich gewesen wäre und fügt bei, daß sich selbstverständlich ein objektiver Beweis für diese Annahme nicht erbringen lasse.

4. Unter diesen Umständen muß der Richter die Beklagten verpflichten, den Kläger für den ihm entstandenen bleibenden Nachtheil wenigstens theilweise zu entschädigen, und erscheint hiefür in Berücksichtigung aller Umstände des speziellen Falles eine Aversalsumme von 300 Fr. als angemessen, womit die Urtheilssumme im Ganzen auf 447 Fr. 85 erhöht wird.

Die Zulässigkeit der Fabrikarbeit

an den sogenannten Festnachtagen resp. die Grenzen derselben im Kanton Zürich.

(Eidg. Fabrikgesetz Art. 14 und kantonales Gesetz betr. die Polizei an den öffentlichen Ruhetagen, § 1, 2 und 3.)

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 21. Februar 1889.

Laut Polizeirapport vom 28. Dezember 1888 wurde am 26. gl. Mts., d. h. am zweiten Weihnachtsfeiertag in der Buchdruckerei und Lithographie des Lithographen Rudolf Fretz in Zürich ohne spezielle Bewilligung von 19 Arbeitern und Arbeiterinnen gearbeitet.

Gestützt auf diesen Rapport und in Anwendung der Art. 14 und 19 des Fabrikgesetzes vom 23. März 1877 hat das Statthatteramt Zürich den Fretz in eine Polizeibuße von 15 Fr. verfällt. Das Bezirksgericht Zürich hob aber diese Bußenverfügung auf, davon ausgehend:

1. daß Art. 14 des Fabrikgesetzes die Arbeit in den Fabriken an andern Festtagen als an *Sonntagen* nicht untersage, sondern lediglich den Kantonen das Recht vorbehalte, derartige Bestimmungen von sich aus aufzustellen, und

2. daß der Kanton Zürich bis dahin von diesem Rechte noch keinen Gebrauch gemacht habe. Denn der § 2 des zürcherischen Gesetzes betr. die Polizei an den öffentlichen Ruhetagen untersage an andern Festtagen als an Sonntagen nur solche Beschäftigungen, „durch welche Lärm verursacht werde“, keineswegs aber jede Fabrikarbeit. In concreto aber werde nicht behauptet, daß es sich um eine lärmende Arbeit gehandelt habe.

Diese Entscheidung griff die Staatsanwaltschaft mit der Nichtigkeitsbeschwerde an wegen angeblichen Widerspruchs derselben mit dem § 14 des Fabrikgesetzes und den §§ 1 und 2 des kantonalen Gesetzes betr. die Polizei an den öffentlichen Ruhetagen d. d. 21. Mai 1882. In den letztern Bestimmungen seien unter die Ruhetage ausdrücklich auch die Festnachtage an Weihnachten eingereiht und zwar ganz klar in der Meinung, daß mit Ausnahme der in § 2 besonders bezeichneten Fälle und speziellen Bewilligungen jede Fabrikarbeit an diesen Tagen untersagt sein solle.

Die Beschwerde wurde abgewiesen.

Gründe:

1. Es ist unbestritten, daß das Etablissement des Nichtigkeitsbeklagten dem Fabrikgesetz unterstellt ist und folglich der Letztere gemäß Art. 19 dieses Gesetzes durch jede Zuwiderhandlung gegen die Bestimmungen desselben straffällig wird. Allein das thatsächliche Verhalten des Fretz involvirt eine Verletzung des der statthalteramtlichen Bußenverfügung zu Grunde gelegten Art. 14 des Fabrikgesetzes deßhalb nicht, weil dieser Artikel nur die *Sonntags*arbeit verbietet, während jener unbestrittenermaßen nicht an einem Sonntag, sondern an einem sogenannten Festnachtag arbeiten ließ, welch letzterer durch das Bundesgesetz nicht als verbindlicher Feiertag erklärt wird.

2. Nun glaubt aber die Staatsanwaltschaft das freisprechende Urtheil deßhalb anfechten zu sollen, weil dasselbe den §§ 1 und 2 des zürcherischen Gesetzes betreffend die Polizei an den öffentlichen Ruhetagen vom 21. Mai 1882 widerspreche. Allein abgesehen davon, daß die citirten Gesetzesbestimmungen der Bußenverfügung des Statthalteramtes nicht

zu Grunde gelegt sind, kann auch materiell weder in dem Verhalten des Nichtigkeitsbeklagten noch in der Motivirung des angefochtenen Erkenntnisses eine Verletzung der citirten Gesetzesbestimmungen gefunden werden.

3. Nach dem mehrfach citirten Art. 14 des Fabrikgesetzes steht es allerdings der Kantonalgesetzgebung frei, weitere Festtage zu bestimmen, an denen die Fabrikarbeit wie an den Sonntagen untersagt sein soll. Allein ein solches kantonales Gesetz, durch welches in Ausführung bezw. Erweiterung des citirten Bundesgesetzes das Verbot der Sonntagsarbeit auch auf weitere Festtage ausgedehnt würde, besteht nicht, wie der Vorderrichter richtig ausführt.

4. Das sogenannte Sonntagsgesetz ist keineswegs aus dem Bedürfniß einer Erweiterung des Fabrikgesetzes hervorgegangen. Seine Tendenz ist denn auch nicht sowohl die, das Individuum gegen seinen Willen zur Beobachtung weiterer Ruhetage als die Sonntage zu verhalten, als vielmehr wesentlich die, die Umgebung von Arbeits- und Vergnügungslokalen vor Störungen der Sonntagsruhe und den Einzelnen vor der geschäftlichen Inanspruchnahme zu schützen. Dann ist auch in dem § 2 legis citatae keineswegs *alle*, sondern nur alle *lärmende* Beschäftigung untersagt und § 3 ibid. bestimmt ausdrücklich, daß an solchen Tagen Niemand zu Arbeiten *genöthigt* werden darf, durch welche er im Genuß der öffentlichen Ruhetage ungebührlich beeinträchtigt würde, eine Bestimmung, welche die *freiwillige* Bethätigung an solchen Tagen, soweit ihr nicht durch die Bundesgesetzgebung Schranken gezogen werden, nicht nur nicht ausschließt, sondern geradezu als zuläßig erklärt. Da nun nach der eigenen Darstellung der Kaßationspetentin die fragliche Arbeit weder eine lärmende noch eine erzwungene war, so kann in derselben auch kein Zuwiderhandeln gegen die citirten kantonalen Gesetzesbestimmungen erblickt werden.

Vertragsschliessung.

Ist es zum perfekten Abschluß gekommen oder nicht?

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 29. Januar 1889.

Eine in Freiburg (Schweiz) wohnhaft gewesene Frau O. wollte nach Zürich übersiedeln und ließ daher durch ihren Sohn, der sich bereits hier aufhielt, eine Wohnung suchen. Der letztere einigte sich schließlich mit einem Hauseigenthümer über alle wesentlichen Bestandtheile eines Miethvertrages und darauf telegraphirte dieser (der Hauseigenthümer) an Frau O. nach Freiburg: „Nehmen Sie definitiv die von Ihrem Sohn eingesehene Wohnung und kann ich Ihnen Miethvertrag zur Unterzeichnung einsenden? Drahtantwort. Ja oder Nein!“ Sofort erfolgte die telegraphische Antwort: „Oui, envoyez — moi le bail“, worauf der Vertrag nach Freiburg geschickt, von der Mietherin unterzeichnet und sofort retournirt wurde. Der Vermiether unterschrieb aber seinerseits nicht, sondern vermiethete die Wohnung an einen Dritten. Frau O. belangte ihn deßhalb auf Schadenersatz wegen Vertragsbruches. Der Beklagte bestritt, daß es zu einem perfecten Vertragsschlusse gekommen sei, weil er sich dem Sohne der Klägerin gegenüber ausdrücklich vorbehalten habe, Informationen über seine Mutter einzuziehen und je nach dem Ausfall derselben den Vertrag zu genehmigen oder nicht. Da die empfangene Auskunft ihn nicht befriedigt habe, so sei auch die Vertragsgenehmigung von ihm nicht ausgesprochen worden.

Das Gericht nahm an, daß der Vertrag perfect geworden und der Beklagte wegen grundloser Nichterfüllung zum Schadenersatz verpflichtet sei.

Gründe:

Der Wortlaut der Drathkorrespondenz läßt keinen begründeten Zweifel zu, daß es sich um einen endgültigen Antrag des Vermiethers und eine endgültige Zusage der Mietherin handelte. Die die schriftliche Ausfertigung des Miethvertrages betreffenden Zusätze können nicht dahin aufgefaßt werden, daß für

den Miethvertrag im Sinne von Art. 14 des O.-R. die schriftliche Form vereinbart worden sei; bei der unzweideutigen Anfrage, ob Klägerin definitiv die Wohnung nehme, kann die Erwähnung der schriftlichen Vertragsform nur den Sinn haben, daß *zur besseren Sicherung des Beweises* auch die Schriftlichkeit gewollt sei, ohne daß jedoch die gegenseitige Verbindlichkeit von der Erfüllung dieser Form abhängig gemacht werde. Diese Art des Miethabschlusses ist hier zu Lande nicht selten. Es kommt sogar häufig vor, daß der Miethvertrag erst schriftlich abgefaßt wird, wenn die Miethe bereits angetreten ist. Man kann also auch nicht sagen, daß die schriftliche Form als Voraussetzung *für die Rechtsgültigkeit* des Miethvertrages hierorts üblich und daher auch im vorliegenden Falle als gewollt anzunehmen sei. Jene Auslegung der Drathkorrespondenz ist übrigens hier um so eher als die richtige anzunehmen, als die Einrede, es sei die schriftliche Vertragsform vereinbart gewesen, vom Beklagten gar nicht gestellt worden ist.

Dagegen ist vom Beklagten der Beweis anerboten worden, daß er zur Zeit seiner Offerte gegenüber dem Bevollmächtigten der Klägerin den Vorbehalt gemacht habe, noch Erkundigungen über die Klägerin einzuziehen. Allein dieser Beweis ist nicht abzunehmen, weil jetzt schon feststeht, daß der behauptete Vorbehalt zur Zeit des definitiven Antrages in rechtswirksamer Weise nicht gemacht worden ist. Der Sohn der Klägerin handelte nicht etwa als Stellvertreter, sondern lediglich als Vermittler. Wie aus dem Gang der Dinge hervorgeht, lag es nicht im Auftrage des Sohnes, von sich aus rechtsverbindliche Erklärungen abzugeben. Die rechtsgültige Entschließung lag allein und für den Beklagten offenbar bei der Klägerin, weßhalb auch sie direkt angefragt wurde, als es sich um die definitive Miethzusage handelte. Nun enthält aber der Antrag zum definitiven Abschlusse des Vertrages kein Wort von einem solchen Vorbehalte. Ein zur Zeit jener Anfrage bloß gegenüber dem Sohne gemachter Vorbehalt hätte unter den gegebenen Umständen gar keine rechtliche Bedeutung gehabt und mithin existirt rechtlich ein solcher Vorbehalt gar nicht. Daß übrigens der Beklagte den behaupteten Vorbehalt nur als Vorwand braucht und seine Wohnung lediglich deßhalb anderweitig vermiethet hat, weil ihm der neue Miether aus irgend welchen Gründen besser zusagte, läßt sich mit ziemlicher Sicherheit aus dem Umstande schließen, daß die Informationen, welche der Beklagte wirklich einzog, für die Klägerin in jeder Beziehung durchaus günstig lauten. Zwischen den Parteien ist nach dem Gesagten in der That ein rechtsgültiger Miethvertrag zu Stande gekommen und hat sich der Beklagte durch die Vermiethung des Miethobjektes an einen Dritten des Vertragsbruches schuldig gemacht, woraus folgt, daß er zum Ersatze des der Klägerin aus dem Vertragsbruch entstandenen Schadens verpflichtet ist.

Compensationsweise geltend gemachter Anspruch

auf Ersatz der außergerichtlichen Kosten, die der beklagten Partei in einem auswärts geführten Prozeß des Klägers entstanden sind. Incompetenzerklärung des hießigen Richters. Der état de frais des waadtländischen Prozeßrechtes.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 2. Februar 1889.

Drei waadtländische Militärgesellschaften belangten eines ihrer Mitglieder vor dem Bezirksgericht Lavaux auf Bezahlung von 1515 Fr. 60 Rp. Der Beklagte stellte die Incompetenzeinrede, weil er seinen Wohnsitz noch vor der Klageeinleitung nach Otelfingen (Kt. Zürich) verlegt habe und folglich nach Art. 59 der Bundesverfaßung nur vor den zürcherischen Gerichten belangt werden könne. Das Bezirksgericht Lavaux verwarf diese Einrede, der Beklagte ergriff aber den staatsrechtlichen Rekurs und das Bundesgericht hob wirklich den Competenz-Entscheid des waadtländischen Gerichtes auf. Darauf reichte der Beklagte dem Präsidenten des Bezirksgerichtes Lavaux, ohne indeß vorher das Gericht selbst zum Erlaß eines andern, mit dem durch die bun-

desgerichtliche Schlußnahme festgestellten Unterliegen der Klagepartei im Kompetenzstreit im Einklang stehenden Kostendecretes veranlaßt zu haben, einen état de frais zur Genehmigung ein und der Gerichtspräsident entsprach dem Gesuch, indem er den Betrag des von den klagenden Gesellschaften zu leistenden Kostenersatzes auf 383 Fr. 65 festsetzte. Als nun der Beklagte vor dem Bezirksgericht Dielsdorf neuerdings belangt wurde, anerkannte er die Hauptforderung, verstellte aber die genannten 383 Fr. 65 zur Compensation, die Compensationseinrede wurde jedoch zweitinstanzlich verworfen.

Gründe:

1. Nach dem waadtländischen Prozeßrecht bildet der vom Gerichtspräsidenten genehmigte ètat de frais nur dann einen sogenannten titre exécutoire, wenn er sich an ein rechtskräftig gewordenes Kostendekret des Gerichtes selbst anlehnt. In concreto ist das nun aber nicht der Fall, denn das Bezirksgericht Lavaux hat die Kosten des von ihm erledigten Prozeßverfahrens im Gegentheil dem heutigen Beklagten aufgelegt und nachdem seine Schlußnahme bundesgerichtlich aufgehoben worden war, ein neues, die *Klägerinnen* belastendes Kostendecret nicht erlassen. Daraus folgt nun aber auch die Abweisung der Compensationseinrede. Denn obwohl zugegeben werden muß, daß dem Beklagten für das Prozeßverfahren im Kanton Waadt, in welchem er ja obgesiegt hat, eine Entschädigung gebührt, so ist doch ebenso klar, daß die bezügliche Entschädigungspflicht nur vom Bezirksgericht Lavaux ausgesprochen werden kann. Nachdem seine Entscheidung aufgehoben worden war, hätte es eine andere mit der bundesgerichtlichen Schlußnahme im Einklang stehende Entscheidung treffen und auch bezüglich des Kostenersatzes verfügen sollen. Der Umstand, daß dieß bisher unterlassen wurde, kann nicht dazu führen, die Entscheidung über die Kostenfolge jenes Prozeßverfahrens den zürcherischen Gerichten zu überbinden in dem Sinne, daß sie dabei den unrichtigerweise genehmigten état de frais als Ausweis oder wenigstens als Grundlage für die Höhe der zu sprechenden Entschädigung gelten lassen. Die Entscheidung muß vielmehr hierorts abgelehnt und dem Beklagten überlassen werden, das Gericht von Lavaux zu einer nachträglichen Schlußnahme über die Kostenfolge des vor ihm pendent gewesenen Prozeßes zu veranlaßen.

Schenkungsversprechen.

Klage auf Erfüllung. Einredeweiser Widerruf der Schenkung wegen Verschwendung und Uebermaß (§ 438 des P.-G.-B.)

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 12. Februar 1889.

Die Klage einer Ehefrau gegen ihren Mann auf Bezahlung von 10,000 Fr., die ihr der letztere während des Brautstandes als Schenkung versprochen hatte, wurde unter Verwerfung des geltend gemachten Widerrufes aus dem Gesichtspunkte der *Verschwendung*, dagegen der hauptsächlichen Gutheißung desselben aus dem Gesichtspunkte des *Uebermasses* nur im Betrage von 1000 Fr. gutgeheißen, nachdem Klägerin dieselbe zweitinstanzlich freiwillig auf 4000 Fr. reduzirt hatte.

Gründe:

1. Was den ersten Grund des Widerrufes (Verschwendung) betrifft, so kann zwar zugegeben werden, daß der Beklagte, als er seiner damaligen Braut und gegenwärtigen Ehefrau eine Schenkung von 10,000 Fr. versprach, bei dem Bestande seines Vermögens, welches sich damals, wie heute nicht bestritten wird, auf ca. 17,750 Fr. bezifferte, übermäßig freigebig war und es ändert sich dieses Verhältniß des Uebermaßes auch dadurch nicht, daß heute die Forderung aus dem Schenkungsversprechen auf 4000 Fr. reduzirt wird in Anbetracht, daß das Vermögen des Beklagten gegenwärtig, wie heute ebenfalls nicht bestritten ist, nur noch 7596 Fr. beträgt. Allein es genügt nach § 433 des P.-G.-B. nicht, daß die Schenkung, bezw. das Schenkungsversprechen sich als einen verschwenderischen Liberalitätsakt erweist, sondern eine Voraussetzung des Wider-

rufes wegen Verschwendung ist ferner, daß gegen den Schenkgeber die öffentliche Bevormundung *wegen Verschwendung* eingeleitet worden ist. Diese letztere Voraussetzung ist nun aber im vorliegenden Falle nicht vorhanden. Der Beklagte hat sich *freiwillig* unter Vormundschaft gestellt und hat das Gericht nicht zu untersuchen, inwiefern diese Freiwilligkeit dem Zwange gleichkommt und welche Gründe thatsächlich dem Zwange zu Grunde liegen. Nach dem Wortlaute des Gesetzes kann kein Zweifel darüber bestehen, daß die Bevormundung wegen Verschwendung *in der gesetzlichen Form einer öffentlichen Bevormundung* eingeleitet sein muß. Sobald, wie hier, diese Form fehlt, fehlt auch das Requisit des § 433 des P.-G.-B. Selbstverständlich steht es auch dem Richter nicht zu, diese Voraussetzung nachträglich in der Weise herbeizuführen, daß der widerrufenden Vormundschaftsbehörde die Einleitung der öffentlichen Bevormundung wegen Verschwendung vorbehalten wird. Der Richter hat sich einfach an das gegebene Fundament der Einrede aus § 433 zu halten.

2. Dagegen liegt offenbar, wie bereits erwähnt, auch bei Berücksichtigung des Umstandes, daß die Forderung aus dem Schenkungsversprechen auf 4000 Fr. herabgesetzt werden will, unter den gegebenen Verhältnissen ein Uebermaß der Schenkung vor und zwar um so mehr als der Beklagte durchaus keine besondere Veranlaßung hatte, der Klägerin überhaupt einen Theil seines Vermögens zu schenken. Es kann sich also lediglich fragen, ob mit der ersten Instanz angenommen werden müsse, daß auch im Falle des Uebermaßes der Widerruf vom Richter einfach *unbeschränkt* zu schützen sei oder ob bloß Reduktion auf einen nicht übermäßig erscheinenden Betrag einzutreten habe. Das Gesetz sagt hierüber nichts. Es scheint aber schon nach dem Begriffe: „Uebermaß“ als das Richtigere, wenn im Falle des Widerrufes aus dem gerechtfertigten Grunde des Uebermaßes nur eine Herabsetzung auf ein *billiges Mass* stattfindet. In diesem Sinne hat auch die Praxis bereits entschieden (siehe Commentar von Ullmer, Supl. Nr. 3105) Bei den gegenwärtigen Vermögensverhältnissen des Beklagten erscheint hienach eine Reduktion der Schenkung auf 1000 Fr. angemessen.

3. Wenn die Klägerin den ihr zuzusprechenden Betrag als *Sondergut* beansprucht, so muß ihr Recht gegeben werden, denn nach dem Wortlaute des Schenkungsversprechens, welches ja in Voraussicht der Ehe gemacht wurde, hatte es offenbar die Meinung, daß das betreffende Kapital mit dem Vollzuge der Schenkung in die ausschließliche Verfügungsgewalt der Beklagten übergehen solle.

Veräusserung im Angesicht des Konkurses.

Anfechtung derselben durch die Konkursgläubiger, weil angeblich fingirt und auf Schädigung der Gläubigerrechte berechnet.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 12. Januar 1889.
Braunschweig ca. Lips.

Eine von den Gläubigern eines Gemeinschuldners gegenüber dem Tochtermann des letztern als Käufer des Liegenschaftengewerbleins seines Schwiegervaters gestellte Aktivenvermehrungsklage wurde mit folgender Begründung abgewiesen:

1. Die Behauptung, das angefochtene Veräußerungsgeschäft sei ein rein fingirtes, nur darauf berechnetes, den betreffenden Gewerb für die Zeit des Konkurses am Notariatsprotokoll pro forma als Eigenthum des Beklagten hinzustellen, ist allerdings schon für sich allein, d. h. ganz abgesehen davon, ob die Veräußerung eine Schädigung der Konkursgläubiger nach sich gezogen habe oder nicht, erheblich. Denn ist sie richtig, so hatte unzweifelhaft schon der Gemeinschuldner einen Anfechtungsanspruch und dieser kann sicherlich auch von seinen Gläubigern geltend gemacht werden. Der Kläger würde also hier nicht aus eigenem Rechte, sondern aus dem Rechte des Gemeinschuldners klagen. Nun geht aber die erste Instanz mit Recht davon aus, daß ein genügender Beweis für die behauptete Fiction nicht erbracht sei. Der Zweck

des Veräußerungsgeschäftes, den Gewerb der Familie zu erhalten, ist auch dann erreicht, wenn derselbe wirklich *ernstlich* dem Tochtermann übertragen werden wollte. Und das Gewicht der Thatsache, daß Bräm den Gewerb thatsächlich auch jetzt noch bearbeitet, wird durch die Betrachtung sehr reduzirt, daß er mit dem Beklagten, seinem Tochtermann, zusammenlebt.

2. Die Anfechtung des Rechtsgeschäftes aber vom Gesichtspunkte der widerrechtlichen Gläubigerbeschädigung aus (§ 1019 des P.-R. G.-B.) scheitert an dem Mangel des Nachweises, daß eine solche Schädigung eingetreten sei, denn die Expertise stellt das Gegentheil fest.

Der örtliche Gerichtsstand

für Ehescheidungsklagen. Auslegung von Art. 43 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 12. Februar 1889.

Ein gewisser Jean Weber von Ebnat, Kt. St. Gallen, der vom Mai 1857 bis März 1862 bei seiner Mutter in Hottingen (Kt. Zürich) gewohnt hatte, dann ausgewandert war, sich im Ausland verheirathet und schließlich sein ordentliches Domicil in Oackland (Californien) genommen hatte, kehrte jüngst *vorübergehend* nach Hottingen zurück und leitete beim Bezirksgericht Zürich Scheidungsklage gegen seine Ehefrau ein. Das letztere verweigerte indeß die Anhandnahme der Klage, weil es nicht zuständig sei. Denn darauf, daß der Kläger vom Mai 1857 bis März 1862 bei seiner Mutter in Hottingen gewohnt habe, könne nichts ankommen, weil er damals noch nicht verheiratet gewesen und Hottingen somit nicht sein letzter schweizerischer Wohnort *als Ehemann* sei. Der gegenwärtige Aufenthalt in Hottingen aber falle deßwegen außer Betracht, weil Kläger dort kein rechtliches Domicil habe, sondern als solches Oackland (Californien) bezeichne. Weber beschwerte sich über diese Schlußnahme, indem er geltend machte, der Sinn des für die Competenzfrage maßgebenden Art. 43 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe sei keineswegs der, daß die Ehe schon bestanden haben müsse als der Ehemann seinen letzten Wohnsitz in der Schweiz gehabt habe, sondern der, die Klage könne *da* anhängig gemacht werden, wo der Theil der Litiganten, welcher zur Zeit der Klageeinleitung „Ehemann" sei, zuletzt in der Schweiz gewohnt habe, woraus folge, daß die Thatsache seiner Niederlaßung in Hottingen von 1857 bis 1862 für die Competenzbegründung maßgebend sei.

Die Beschwerde wurde abgewiesen.

Gründe:

1. Zunächst kann darauf, daß der Beschwerdeführer sich gegenwärtig wieder in Hottingen aufhält, für die Frage der Kompetenz der hießigen Gerichte überall nichts ankommen. Denn wenn Art. 43 des citirten Bundesgesetzes für Scheidungsklagen den Gerichtsstand des Wohnortes des Ehemannes bezw. beim Abgang eines Wohnsitzes in der Schweiz den Gerichtsstand des letzten schweiz. Wohnortes desselben statuirt, so versteht derselbe unter „Wohnort" unzweifelhaft das Domicil im juristischen Sinnn des Wortes d. h. nicht jeden Ort zeitweiligen vorübergehenden Aufenthaltes, sondern nur den zum dauernden Aufenthalte, zum festen Mittelpunkt der bürgerlichen Existenz gewählten Ort und dieses ist nach der eigenen Darstellung des Rekurrenten nicht Hottingen, sondern Oackland (Californien);

2. Aber auch die weitere Thatsache, daß Rekurrent von 1857 bis 1862, also vom 15. bis 20. Altersjahre und unbestrittenermaßen in ledigem Stande bei seiner Mutter in Hottingen gewohnt hat, vermag die Kompetenz der zürcherischen Gerichte zur Behandlung seiner Scheidungsklage nicht zu begründen. Wollte man nämlich auch, anlehnend an den Wortlaut des Art. 43 Abs. 2 die alternative Konkurrenz der beiden Gerichtsstände als gegeben betrachten, und nicht davon ausgehen, daß der Gerichtsstand des letzten schweizerischen Wohnortes erst dann in Frage komme, wenn er demjenigen des Heimatortes vorgezogen werden könne, so kann die Inter-

pretation des citirten Artikels durch das Bezirksgericht weder nach dem Wortlaut noch nach dem Sinn desselben als eine unrichtige bezeichnet werden. Das Gesetz spricht ganz allgemein vom letzten schweizerischen Wohnort des *Ehemannes* und der Sinn desselben kann keineswegs der sein, in *allen* den Fällen, in denen irgend einmal im Vorleben des Ehemannnes der Wohnort desselben in der Schweiz begründet war, einen für Scheidungsklagen ewig dauernden Gerichtsstand zu schaffen. Diese Auslegung hat denn auch keineswegs diejenigen Schwierigkeiten zur Folge, auf welche die Beschwerde hinweisen zu sollen glaubt. Ist der Ehemann Schweizerbürger, und war er während des Bestandes der Ehe in der Schweiz domicilirt, so besteht der alternative Gerichtsstand des Heimatortes und des letzten Wohnsitzes. Ist er Schweizer, aber während der Ehe nie in der Schweiz domicilirt, so bleibt das Forum des Heimatortes. Ist er aber nicht mehr Schweizer, dann kommt ihm der Art. 43 Abs. 2 des Civilstandsgesetzes überhaupt nicht zu statten, weil dessen Anwendung auf schweizerische Ehegatten beschränkt ist, sondern muß er die Scheidung im Ausland nachsuchen, gleichviel, ob er früher einmal in der Schweiz domicilirt gewesen ist oder nicht.

Feuerversicherung.

Klage auf Zahlung der Versicherungssumme. Bestreitung der Schuldpflicht, weil Kläger beim Vertragsschluß verschwiegen habe, daß sich die versicherten Gegenstände in einem andern als in dem in der Police genannten Gebäude befinden.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 23. Februar 1889.
Scheller ca. La Françe.

Der Landwirth Karl Scheller im Sprensenbühl-Hottingen hatte sein Mobiliar schon seit dem Jahre 1868 bei der Feuerversicherungsgesellschaft „La Françe" versichert. Der erste Vertrag wurde auf die Dauer von 7 Jahren (bis 20. Oktober 1875), der zweite auf die Dauer von 10 Jahren (bis 20. Oktober 1885) und der dritte und letzte wiederum auf die nämliche Zeit (bis 20. Oktober 1895) abgeschlossen. In allen diesen Verträgen ist gesagt, daß sich die versicherten Objekte in dem Haus und *angebauter Scheune* Nr. 87c befinden. Scheller besitzt neben dieser an das Wohnhaus angebauten Scheune noch eine zweite No. 89c und es besteht kein Streit darüber, daß sich alle versicherten landwirthschaftlichen Gegenstände *sowohl beim Abschluss* als auch während der Dauer des *letzten* Versicherungsvertrages bis zum 3. September 1888 in dieser zweiten Scheune (89c) befunden haben. Scheller behauptet, daß dieselben überhaupt *immer*, also auch während der Dauer der frühern Verträge hier und nie in der an das Haus angebauten Scheune sich befunden haben, was indessen als bestritten gelten muß. Am 3. September 1888 brannte die Scheune Nr. 89c ab und es erlitt Scheller einen Mobiliarschaden im Betrage von 946 Fr. Die Gesellschaft verweigerte aber die Zahlung, weil beim Vertragsabschluß verschwiegen worden sei, daß sich die Gegenstände in einem andern als in dem in der Police genannten Gebäude befinden.

In dem hierauf entstandenen Prozeß wurde aber die Klage *gutgeheissen.*

Gründe:

1. Die Forderung wird aus dem Grunde bestritten, weil Kläger beim Abschluß des Vertrages verschwiegen habe, daß sich die zu versichernden Sachen in einem andern Gebäude als in dem in der Police angegebenen befunden haben. Es ist nun richtig, daß nach Art. 7 der Gesellschaftsstatuten, welcher in der Police abgedruckt ist, jede Verhehlung oder falsche Angabe des Versicherungsnehmers, welche dazu angethan ist, die Gesellschaft über die Höhe der Gefahr zu täuschen, die Versicherung ungültig macht und es ist auch nicht zu bestreiten, daß im vorliegenden Falle die fraglichen Gegenstände unrichtigerweise als in Nr. 87c befindlich bezeichnet wurden. Allein es ist wohl ohne Weiteres klar, daß die Bestimmung des Art. 7 ein *wissentliches* Verschweigen eines Umstandes und eine *bewusste* falsche Angabe im Auge

hat. Ein solcher Dolus des Versicherungsnehmers darf aber nicht präsumirt, sondern muß von der Versicherungsgesellschaft nachgewiesen werden und an diesem Nachweise fehlt es im vorliegenden Falle gänzlich, ja es ist ein Verhehlen d. h. *geflissentliches* Verschweigen oder eine positiv falsche Angabe seitens des Klägers von der Gegenpartei nicht einmal behauptet worden. Es geht auch aus den Akten deutlich hervor, daß die unrichtige Angabe des Ortes, wo sich die Sachen befanden, lediglich die Folge eines Versehens ist. Und übrigens liegt auch kein Grund zu der Annahme vor, es hätte die Beklagte, wenn ihr gesagt worden wäre, es befinden sich die Sachen in Nr. 89c statt 87c, den Vertrag nicht oder mit höherer Prämie abgeschlossen, denn beide Scheunen liegen ja nahe bei einander und sind an Häuser angebaut, sodaß die Feuersgefahr kaum größer war bei Nr. 89c als bei 87c, wenn dieß auch jetzt allerdings behauptet wird.

2. Die Forderung ist daher gutzuheissen und das erstinzanzliche Urtheil zu bestätigen.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. April 1889. VIII. Band. № 7.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter“ erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die „Amerikanische Schweizer-Zeitung“, 18 Ann Str., New-York.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Bürgschaft

zu Gunsten eines bei Ausstellung des Bürgscheines noch unbekannten Gläubigers. Die Nothwendigkeit der schriftlichen Vertragsform (Art. 491 des O.-R.) hindert die Gültigkeit einer solchen Bürgschaft nicht. Angeblicher Irrthum in der Person des Gläubigers. Unwesentlichkeit desselben (Art. 20 d. O.-R.) etc.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 16. Februar 1889, i. S. *Rothschild* ca. *Schmid & Keller.*

Ein Joseph Grün, welcher in Stäfa Metzgerknecht gewesen war, dann aber in Wipkingen eine Metzg und Wirthschaft gepachtet und für den bezüglichen Geschäftsbetrieb Geld nöthig hatte, brachte zwei ihm bekannten Landwirthen in Stäfa und Hombrechtikon einen vom 5. August 1887 datirten, von der Hand des Wilhelm Amsler in Oberstraß (eines kleinen Banquiers) geschriebenen Bürgschein mit dem Gesuch, denselben unterzeichnen zu wollen, damit Amsler ihm, wie versprochen, einen Kredit bis auf 3000 Fr. gewähre. Die genannten Personen, Ernst Schmied und Ed. Heinr. Keller, entsprachen dem Gesuch und unterzeichneten den Bürgschein, welcher folgendermaßen lautet:

„Die Unterzeichneten verpflichten sich hiemit, solidarisch als Bürg- und Selbstzahler für das jeweilige Guthaben des . . . . auf Joseph Grün in Wipkingen bis auf den Betrag von 3000 Fr. nebst Zins und Provision sowie allfälligen Verzugszins und Kosten einzustehen bis zur gänzlichen Tilgung der Schuld.“

Grün erhielt von Amsler kein Geld, sei es, daß er sich gar nicht mehr an ihn wandte, sei es, daß dieser ihm die Kreditgewährung nachträglich verweigerte. Er machte dagegen die Bekanntschaft des Vieh- und Liegenschaftenhändlers Rothschild in Gailingen. Dieser lieferte ihm am 1. September 1887 einen Ochsen zum Schlachten um den Preis von 375 Fr. Für diese Kaufpreisschuld besteht ein Obligo, datirt den 12. September, in welchem bemerkt ist: „Für diesen Betrag (die 375 Fr.) nebst Zins haften durch einen von Grün dem Rothschild übergebenen Bürgschein Ernst Schmied und Ed. Heinr. Keller solidarisch bis auf 3000 Fr. als Bürg- und Selbstzahler.“ Rothschild sollte noch mehr Schlachtvieh auf Kredit liefern, er verlangte aber einen andern Bürgschein, in welchem sein Name als Gläubiger genannt und bemerkt sei, daß der verbürgte Kredit durch Lieferung von Schlachtvieh gewährt werde. Ein solcher Schein wurde ausgestellt, zurück-

datirt auf den 1. September und dem Grün eingehändigt, damit er die Unterschriften der Bürgen Schmied und Keller einhole. Am 17. September schickte Grün diesen Schein an Rothschild zurück; derselbe trug aber nur die Unterschrift des Keller und nicht auch des Schmied; der letztere soll nicht gerade anzutreffen gewesen sein. In der Folge weigerte sich derselbe aber entschieden, zu unterschreiben und Rothschild erklärte daher, keinen weitern Kredit gewähren zu wollen. Im Februar 1888 wünschte Letzterer Bezahlung der 375 Fr. Er wandte sich dieserhalb auf Grund des Bürgscheins vom 5. August 1887 an die beiden Bürgen Schmied und Keller, erhielt aber sowohl auf die außergerichtlichen Mahnungen als auf erfolgte Betreibung hin die Antwort, er solle die Existenz seiner Forderung zunächst dem Hauptschuldner Grün gegenüber feststellen, da dieser solche bestreite. Rothschild that dieß. Er belangte den Grün zunächst auf dem summarischen und als er hier unterlag, auf dem ordentlichen Rechtsweg und siegte ob. Grün hatte widerklageweise eine Schadenersatzforderung von 1600 Fr. geltend gemacht aus angeblicher Nichterfüllung eines mit Rothschild abgeschlossenen Kreditgewährungsvertrages, ist aber damit abgewiesen worden. Er gerieth dann in Konkurs und nun wandte sich Rothschild neuerdings an die Bürgen. Das summarische Verfahren führte wieder nicht zum Ziel und er betrat deßhalb den ordentlichen Prozeßweg, indem er neben dem Betrag der Hauptschuld von 375 Fr. auch die ihm im Prozeß gegen Grün erst- und zweitinstanzlich zugesprochenen Entschädigungen von 25 und 30 Fr. nebst den Rechtstriebkosten verlangte.

Die Beklagten wendeten ein:

1. Der Bürgschaftsvertrag vom 5. August 1887, auf den die Klage einzig gestützt werde, sei nicht perfect, weil die schriftliche Form nicht beobachtet worden sei, denn es fehle die schriftliche Bezeichnung des Gläubigers.

2. Die Bürgen haben sich mit Bezug auf die Person des Gläubigers in einem Irrthume befunden, was ihre Verbindlichkeit aufhebe.

3. Die Geltendmachung des Bürgscheines vom 5. August 1887 durch den Kläger sei eine dolose, weil:

a. derselbe gewußt habe, daß der Bürgschein nur für den Banquier Amler in Oberstraß bestimmt sei,

b. der Kläger selbst einen neuen Bürgschein verlangt habe, und

c. der Bürgschein erst *nach* dem Verkaufe des Ochsen, um dessen Bezahlung es sich handle, übergeben worden sei.

Diese Einreden wurden zweitinstanzlich verworfen und die Klage gutgeheissen.

Gründe:

1. Es ist allerdings richtig, daß die Person des Gläubigers, zu dessen Gunsten die Bürgschaft eingegangen werden sollte, in dem Scheine nicht bezeichnet ist, allein dieser Umstand schließt die Gültigkeif des Bürgscheines an sich nicht aus. Schon nach der frühern zürcherischen Praxis (siehe Commentar von Ullmer No. 2310) war die Eingehung einer Bürgschaft zu Gunsten eines unbestimmten Gläubigers zuläßig und eine Abweichung von dieser Praxis wird durch das schweizerische Obligationenrecht, welches wie das zürcherische Recht einfach den Satz aufstellt, daß die Bürgschaft zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Vertragsform bedürfe, keineswegs bedingt. Es kann hier einfach auf den Commentar von Schneider verwiesen werden, welcher unter Zif. 4 zu Art. 491 des O.-R. sagt, die mangelnde Bezeichnung des Gläubigers in einem Bürgscheine mache den letztern nicht wirkungslos; es komme denn auch gar nicht selten vor, daß Jemand für einen Andern, dem er zu einem gewissen Kredit verhelfen möchte, eine Bürgschaft für eine erst noch zu contrahirende Schuld und zu Gunsten eines noch unbekannten Gläubigers eingehe. Es ist dieß lediglich der Wortlaut des citirten Präjudizes bei Ullmer.

2. Was die zweite Einrede betrifft, so ist zwar unbestritten, daß zur Zeit der Unterzeichnung des Bürgscheines zwischen Grün und den Beklagten nur von Amsler als Gläubiger die Rede war. Hieraus folgt aber nur, daß damals Grün an Amsler allein als zukünftigen Gläubiger gedacht haben möchte,

keineswegs aber, daß auch die Bürgschaft *bloss mit Rücksicht auf die Person des Amsler* eingegangen worden sei. Wenn dieß der Fall wäre, was hätte denn die thatsächlich Contrahirenden hindern können, den Namen des Amsler in den Bürgschein aufzunehmen? Die Einsetzung seines Namens hätte ihn ja nach dem Wortlaute des Scheines durchaus zu nichts verpflichtet. Uebrigens hatte es auch gar keinen Sinn, gerade den Amsler und nur diesen als Gläubiger zu wollen. Der Zweck der Bürgschaft war, dem Grün Kredit zu verschaffen und ob nun dieser Kredit auf ihre Bürgschaft hin von dem *Rothschild* oder dem *Amsler* gewährt wurde, konnte den Beklagten völlig gleichgültig sein. Unter diesen Umständen muß die Thatsache, daß man den für die Einsetzung des Gläubigernamens offen gebliebenen Platz mit dem Namen des Amsler nicht ausfüllte, zu dem Schlusse führen, daß zwar dieser allerdings zunächst, aber nicht allein, bezw. nicht ausschließlich als Gläubiger in Aussicht genommen wurde, sondern die Meinung vielmehr die war, daß wenn das Verhältniß zwischen Grün und Amsler aus irgend einem Grunde nicht perfect werden sollte, die Bürgschaft auch jedem Andern, der den benöthigten Kredit gewähre, geleistet werden wolle, eine Auffassung, mit der denn auch das Benehmen der Beklagten im summarischen Verfahren vollständig übereinstimmt. Denn sie begründeten ihre Rechtsvorschläge auf die beiden Betreibungen nie mit dem Einwand, daß sie überhaupt keine Bürgschaft *zu Gunsten des Klägers* eingegangen haben und doch wäre dieser Bestreitungsgrund weitaus am nächsten gelegen, wenn die Verabredung wirklich dahin gegangen wäre, daß nur dem Amsler und keinem andern gebürgt werden wolle. Bis zu diesem Prozeß wurde die Bestreitung der Schuldpflicht überhaupt nur auf Einreden aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Hauptschuldner und dem Kläger gestützt. Damit ist deutlich genug gesagt, daß von einem Irrthum über die Person des Bürgschaftsgläubigers nicht gesprochen werden kann und übrigens wäre eine irrthümliche Annahme der Beklagten des Inhalts, daß sie sich gegenüber dem Amsler verpflichten, auch unerheblich. Denn nach Art. 20 des O.-R. gilt beim Vertragsabschluß der Irrthum über die Person des andern Theils nur dann als wesentlich, wenn der Vertrag hauptsächlich mit Rücksicht auf die Person abgeschlossen wurde und davon ist nach dem Gesagten keine Rede, weil von Anfang an mit der Möglichkeit gerechnet wurde, daß ein Anderer als Amsler Bürgschaftsgläubiger werden könnte.

3. Schon aus dem bisher Gesagten ergibt sich die Unbegründetheit der Einrede des Dolus, soweit sie aus den unter 3a und b bezeichneten Momenten hergeleitet wird. Abgesehen davon, daß die Behauptung, es habe der Kläger gewußt, daß der Bürgschein für Amsler bestimmt sei, in den Akten durch nichts bescheinigt ist, vielmehr die Bürgschaftsurkunde geradezu gegen diese Annahme spricht, erscheint es nunmehr als völlig gleichgültig, ob der Kläger davon Kenntniß gehabt habe, daß zunächst Amsler als Gläubiger in Aussicht genommen war oder nicht. Er konnte nichts destoweniger im guten Glauben sein, daß er nunmehr der Berechtigte aus dem Bürgscheine sei. Ebenso unerheblich ist der Umstand, daß er einen neuen Bürgschein verlangte und dann auch wirklich den vom 1. September 1887 datirten, jedoch von Keller allein unterzeichneten Schein erhielt. Denn der Umstand, daß er Zweifel in die Gültigkeit des ihm übergebenen Bürgscheines setzte und sich durch einen besser und vollständiger redigirten Schein sichern wollte, beweist nur, daß seine Zweifel unrichtig waren, schließt aber die Gutgläubigkeit der gegenwärtigen Geltendmachung des alten, von *beiden* Beklagten unterzeichneten Bürgscheines nicht aus. Etwas zweifelhaft wäre die Sache nur dann, wenn behauptet werden könnte, der Verkauf des Ochsen an Grün habe vor der Ausstellung des fraglichen Bürgscheines stattgefunden. Allein diese Annahme ist gänzlich ausgeschlossen, denn der Bürgschein datirt vom 5. August, während das Kaufgeschäft erst im September stattfand. Behauptet wird auch, daß der Bürgschein erst nach dem Verkaufe an den Kläger *ausgehändigt* worden sei. Diese Behauptung ist aber bestritten und wäre sie auch richtig, so könnte wiederum nicht auf

betrügliche Geltendmachung des Bürgscheins geschlossen werden.

4. Wenn von den Beklagten so nebenbei noch geltend gemacht wird, der Bürgschein setze die Gewährung eines Kredites von 3000 Fr. voraus und folglich sei der Kläger mit seiner heutigen Klage ausgeschlossen, so ist einfach auf den Wortlaut des Bürgscheines zu verweisen, der gerade das Gegentheil sagt. Uebrigens liegt es ja im Interesse der Beklagten, wenn sie nur für diese einzige Forderung belangt werden und der Kläger die Gewährung eines weitern Kredites verweigert.

5. Da den Beklagten rechtzeitig Gelegenheit gegeben worden war, die Ausklagung des Hauptschuldners durch Befriedigung des Klägers zu vermeiden, so haben sie dem letztern nach Art. 499 des O.-R. auch die Kosten jener zu ersetzen.

Haftpflicht

aus vormundschaftlicher Verwaltung.

Einrede der Verjährung. Voraussetzungen des Verjährungsbeginnes (§ 432 und 433 des p. G. B., neu 842 und 843.) Umfang der Haftpflicht. Causalzusammenhang zwischen schädigender Handlung und Schaden.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 25. September 1888.

Ein Bevormundeter, Namens Jsak Halter, war Inhaber eines Schuldbriefes von 4000 Fr. auf einen Carl Friedrich Weber. Im Jahre 1879 brannten einige Gebäulichkeiten, die dem 4000 Fr. Brief als Pfand gedient hatten, ab, der Schuldner baute aber neu und zwar umfassender als vor dem Brand gebaut war. Dann brauchte er Geld und dieses wollte er sich lt. Geldaufbruchschein vom 17. Oktober 1879 auf einen Ueberbrief verschaffen, da aber die verschiedenen Geldinstitute, an welche sich Weber wandte, auf einen bloßen Ueberbrief kein Geld geben wollten, so kam er auf die Idee, die Entlaßung der neu erstellten Gebäude nebst Grund und Boden aus den ältern Briefen zu veranlassen und dann diese Objekte allein zu verpfänden. Es gelang, diesen Gedanken durchzuführen; die Kantonalbank gab 8000 Fr. auf die befreiten Pfänder. Die Pfandentlaßung aus dem 4000 Fr. Brief erfolgte auf die Zustimmung des Vormundes Bühler, die gegeben wurde nach vorangegangener privater Rücksprache mit dem Waisenamtspräsidenten. Am 17. April 1880 starb Jsak Halter und wurde beerbt von seinem vollbürtigen Bruder Wilhelm Halter und den Kindern eines halbbürtigen Bruders Eduard Halter. Die Erben stunden wiederum unter öffentlicher Vormundschaft, Vogt des Wilhelm Halter war Armenpfleger Strikler und Vogt der Kinder des Eduard Halter ein Dändliker. Am 22. Juni 1880 legte der Vormund des verstorbenen Jsak Halter die letzte Rechnung ab und es beschlossen die Waisenbehörden an Hand derselben die Aufhebung der Vormundschaft und die Uebergabe des Vermögens an die Erben. Diese Vermögensübergabe erfolgte an Armenpfleger Strikler als Vormund des einen Miterben (Wilhelm Halter); gleichzeitig wurde ihm auch das Original der Rechnung vom 22. Juni 1880 übergeben und Strikler stellte dann im April 1881 eine Theilrechnung, die waisenamtlich genehmigt wurde. Der Schuldbrief von Fr. 4000 wurde dem Wilhelm Halter zugeschieden. Später verstarb auch dieser und hinterließ drei Kinder als Erben, die wegen Minderjährigkeit unter Vormundschaft gestellt wurden. In der Folge gerieth der Briefschuldner Weber in Konkurs. In diesem bestritten seine Kinder, die einen, dem 4000 Fr.-Brief nachgehenden Muttergutsversicherungsbrief von 30,000 Fr. angemeldet hatten, zwei Forderungsposten von 5900 Fr. nebst 199 Fr. 12 Rp. Zins, die auf Grund eines dem 4000 Fr.-Brief unmittelbar vorgehenden, 7121 Fr. 33 Rp. haltenden Briefes und von 3000 Fr., die auf Grund eines mit dem 4000 Fr.-Brief in gleichen Rechten stehenden, 6000 Fr. haltenden Briefes angemeldet worden waren. Die Liquidation der Pfandobjekte ergab, daß bei Wegfall der beiden bestrittenen Posten noch 3490 Fr. 26 auf den 4000 Fr.-Brief fallen, der Muttergutsversicherungsbrief von 30,000 Fr. also unter keinen Umständen etwas er-

halte. Mit dieser Feststellung hatten die Kinder Weber jedes Interesse an der Führung eines Konkursprozesses bezüglich der 2 erwähnten Posten verloren, um so grösser war aber das Interesse der Kinder Halter an der Verwerfung jener Ansprüche geworden und da sie solche *selbst* nicht bestritten hatten, so mußten sie die Kinder Weber an der Festhaltung ihrer Bestreitung interessiren und dieß geschah dann auch dadurch, daß sie denselben einen Drittheil des Erfolges, d. h. der 3490 Fr. 26 Rp. versprachen, welche beim Wegfall der bestrittenen Posten auf den 4000 Fr.-Brief fielen. Somit blieb es bei der Bestreitung jener beiden Posten durch die Kinder Weber. Die Post von 3000 Fr., angemeldet auf dem 6000 Fr.-Brief, wurde dann fallen gelassen und die Post von 5900 Fr. nebst Zins, angemeldet auf dem Brief von 7121 Fr. 33 Rp. durch Erkenntniß verworfen. Die Kinder Halter hatten angemeldet:

Laut Schuldbrief		Fr. 4000. —
Zins dabei		„ 80. —
	zusammen	Fr. 4080. —
Sie erhielten: Konkursdividende	Fr. 3490. 26	
abzüglich $^1/_3$ davon, den sie den Kindern Weber abgetreten hatten, mit	„ 1163. 42	
	also	„ 2326. 84
und kamen somit zu Verlust mit		Fr. 1753. 16

Nun belangten 2 der 3 Kinder Halter den ehemaligen Vormund des Isak Halter auf Bezahlung von 2 Drittheilen dieser Summe mit 1168 Fr. 77, weil der erlittene Schaden auf die von diesem anno 1879 bewilligte Pfandentlaßung zurückzuführen sei und diese eine grobfahrlässige Handlungsweise genannt werden müsse.

Zu bemerken ist noch, daß der Vormund des *Wilhelm* Halter die Schlußrechnung nach erfolgtem Ableben seines Vögtlings am 31. Januar 1886 gestellt hat, die abschriftliche Mittheilung derselben aber an die Erben, worunter sich auch die Kläger befinden, erst am 17. September 1887 erfolgte, während die Schadensersatzklage schon am 1. Februar 1888 einging. Die entlassenen Pfänder, die dann der Kantonalbank vorstandsfrei für 8000 Fr. verschrieben worden sind, galten auf der Konkursgant 7511 Fr. 35 Rp.

Die Schadenersatzklage wurde zweitinstanzlich in vollem Umfange gutgeheissen.

Gründe:

1. Vorausgesetzt, die Pfandentlassung sei eine fahrlässige, die Verantwortlichkeit des Beklagten als Vormund gegenüber dem Mündel für einen allfällig daraus resultirenden Schaden begründende Handlung gewesen, so ist auch die Haftpflicht desselben mit deren Vornahme im Prinzipe begründet worden und korrespondirend mit ihr der prinzipielle Anspruch des Vögtlings auf Ersatz eines allfällig eintretenden Schadens ins Leben getreten. Dieser prinzipielle Ersatzanspruch ging mit dem Tode des Jsak Halter auf seine Erben über und zwar speziell und allein auf den Miterben Wilhelm Halter, das letztere deßwegen, weil der 4000 Fr.-Brief anläßlich der Erbtheilung diesem Erben allein zugeschieden wurde und diese Zuscheidung von selbst auch diejenige jenes Ersatzanspruches in sich schliessen mußte, wenn berücksichtigt wird, daß ein Schaden aus der Pfandentlassung naturgemäß nur den Briefinhaber treffen und nur in seiner Person wirksam werden konnte. Von Wilhelm Halter ist der nämliche Anspruch, — immer seine Entstehung überhaupt vorausgesetzt, auf seine Erben, die heutigen Kläger und ihren Bruder Karl übergegangen und ist damit die Activlegitimation der Kläger mit Bezug auf $^2/_3$ des Gesammtschadens hergestellt. Es wird ein aus angeblich fahrlässiger Verwaltung des *Jsak* Halter'schen Vermögens entstandener Schaden eingeklagt und somit kann der richtige Beklagte nur der gewesene Inhaber dieser Verwaltung, der ins Recht gefaßte Caspar Bühler sein. Es ist somit auch die Passivlegitimation des Beklagten begründet und sein Einwand, daß wenn den Klägern überhaupt ein Anspruch zustände, sie dafür nur ihren eigenen bezw. den Vormund ihres Vaters Wilhelm Halter ins Recht fassen könnten, unstichhaltig.

2. Auch die der Klage auf Grund der §§ 432 und 433 des P.-G.-B. entgegengestellte

Verjährungseinrede ist unbegründet, wenn auch nicht aus dem erstinstanzlich angeführten, dahin lautenden Grunde, daß die abschriftliche Mitteilung der vom Vormund des *Wilhelm* Halter, Armenpfleger Strickler, am 31. Jenner 1886 gestellten Schlußrechnung an die Kläger ja erst am 17. September 1887 stattgefunden habe und die Klage von da an innerhalb Jahresfrist eingereicht worden sei. Diese Thatsache ist deßwegen völlig unerheblich, weil die Klage nicht aus der Verwaltung des *Wilhelm* Halter'schen, sondern aus der Verwaltung des *Jsack* Halter'schen Vermögens abgeleitet wird und somit auch nur in Frage kommen kann, wann die Schlußrechnung über die vormundschaftliche Verwaltung dieses letztern Vermögens mitgetheilt worden ist. Die Vormundschaft über den Erben Wilhelm Halter darf nicht als eine Fortsetzung derjenigen über den Erblasser Jsack Halter angesehen werden. Diese letztere erreichte ihr natürliches Ende mit dem am 17. April 1880 erfolgten Tode des Bevormundeten. Auf Grund einer Schlußrechnung mußte das Vermögen den Erben aushingegeben werden (siehe § 431 in Verbindung mit 436 des P.-G.-B.) und es begründete die Mittheilung der Schlußrechnung an die Erben im Sinne der §§ 432 und 433 des P.-G.-B. für diese gerade so gut die Verpflichtung, die vormundschaftliche Verwaltung des Beklagten binnen Jahresfrist gutzuheißen oder allfällige Ausstellungen geltend zu machen, als sie für den Vögtling selbst begründet worden wäre, wenn die Vormundschaft ihr Ende statt durch seinen Tod aus einem andern Grunde erreicht hätte (§ 436 des P.-G.-B.) Die Bevormundung der Erben konnte nur zur Folge haben, daß *deren Vormünder* an ihrer Stelle zu handeln hatten. (Siehe Bluntschli, Commentar zu § 432, Anmerkung 3 und Schneider, Commentar zu § 842 (neu) Anmerkung 3.) Hätten diese ihre bezügliche Pflicht verletzt, so wäre die Schadenersatzforderung gegenüber dem Beklagten erloschen und an ihrer Stelle eine solche gegenüber diesen Vormündern getreten.

3. Als Schlußrechnung über das Vermögen des Jsak Halter stellt sich die vom Beklagten am 22. Juni 1880, etwas mehr als 2 Monate nach dem Tode des Bevormundeten und dem Aufhören der Vormundschaft abgelegte Rechnung dar. Diese Schlußrechnung hat Armenpfleger Strickler, der Vormund eines der Miterben des Jsak Halter, Namens Wilhelm Halter in Original zugestellt erhalten. Die Zustellung an ihn genügte, weil eine allfällige Schadenersatzforderung gegenüber dem Beklagten auf seinen Vögtling allein übergegangen ist und zwar muß die Zustellung in Original als mindestens gleichbedeutend mit einer bloß abschriftlichen Mittheilung angesehen werden.

4. In Fällen, in denen der Schaden schon vor dem Aufhören der Vormundschaft entdeckt werden konnte, beginnt die einjährige Verjährungsfrist unbedingt vom Momente der Mittheilung der Schlußrechnung im Sinne der §§ 432 und 433 an, in Fällen dagegen, in denen die Entdeckung des Schadens erst nach dem Aufhören der Vormundschaft möglich war, wird der Beginn derselben auf den Zeitpunkt der Entdeckungsmöglichkeit des Schadens hinausgeschoben, (§ 434 des P.-G.-B.) auch in diesen letztern Fällen ist aber immerhin die Hauptvoraussetzung für den Verjährungsbeginn die der Mittheilung der Schlußrechnung im Sinne des Gesetzes; ohne sie tritt die einjährige Verjährung überhaupt nicht in Wirksamkeit und ist es deßhalb, falls diese Voraussetzung nicht vorliegt, ohne Bedeutung, daß von der Entdeckungsmöglichkeit des Schadens an (Juni 84) bis zur Geltendmachung der Ersatzansprüche (Juli 1887) mehr als ein Jahr verflossen ist.

5. Nun war aber die Zustellung der Schlußrechnung an den Vormund des Wilhelm Halter für sich allein noch nicht genügend, um die Verjährung in Lauf zu setzen, sondern es hätte überdem hinzukommen sollen die schriftliche Kenntnißgabe der Bestimmungen der §§ 432 und 433 des P.-G.-B. Der Beklagte bestreitet diese Ansicht mit Unrecht. Der § 432 behandelt die Verjährungseinrede nicht erschöpfend, denn er sagt nicht, bei wem die innerhalb Jahresfrist geltend zu machenden Ausstellungen angebracht werden müssen und was die Folge der Unterlaßung sei. Dieß bestimmt erst der § 433, dieser

ist also eine Ergänzung des § 432, der letztere gewinnt erst in Verbindung mit jenem rechtliche Bedeutung und ist daher im Zusammenhang mit demselben zu lesen und zu interpretiren. Zum § 433 gehört nun aber auch der Schlußsatz desselben, d. h. die Vorschrift, daß bei der in § 432 vorgesehenen Mittheilung der Schlußrechnung dem Vögtling bezw. seinen Erben auch von den Bestimmungen dieses und des § 432 schriftlich Kenntniß gegeben werden müsse, womit, wenn die beiden Gesetzesstellen im Zusammenhang gelesen und gewürdigt werden, nichts Anderes gesagt sein kann, als daß Ausstellungen gegen eine vormundschaftliche Verwaltung bezw. Ersatzansprüche innerhalb Jahresfrist von der, *mit schriftlicher Kenntnissgabe der Bestimmungen der §§ 432 und 433 verbundenen* abschriftlichen Mittheilung der Schlußrechnung angerechnet, bei der Direktion der Justiz anhängig gemacht werden müssen, ansonst die Ansprüche erlöschen, eine Faßung, die von selbst in sich schließt, daß die abschriftliche Mittheilung der Schlußrechnung für sich allein nicht genügt, um die Verjährung in Lauf zu setzen, sondern überdem weiter hinzukommen muß die schriftliche Kenntnißgabe der Bestimmungen der §§ 432 und 433 des P.-G.-B. Es handelt sich also hier nicht etwa um eine bloße Ordnungsvorschrift gegenüber den Vormundschaftsbehörden, denn es wird diesen dem Wortlaute nach keine Auflage gemacht, sondern einfach die allgemeine Verfügung getroffen, daß mit der in § 431 vorgesehenen Mittheilung der Schlußrechnung gleichzeitig die Kenntnißgabe der Bestimmungen der §§ 432 und 433 zu verbinden sei, womit eben gesagt ist, daß diese Kenntnißgabe zu der den Verjährungsanfang begründenden Rechnungszustellung gehöre bezw. daß die letztere, um wirksam zu werden, von jener Kenntnißgabe begleitet sein müsse. Die Vermutung spricht auch dagegen, daß eine privatrechtliche Bestimmung den Charakter einer bloßen Ordnungsvorschrift habe. Der Gesetzgeber hielt es für nöthig, daß der gesetzesunkundige Mündel oder sein Erbe speziell auf die Bedeutung der vormundschaftlichen Schlußrechnung als Schlußakt der Verwaltung aufmerksam gemacht und daß ihnen die ausnahmsweise Bestimmung, daß Ersatzansprüche schon innerhalb Jahresfrist geltend gemacht werden müssen, zur Kenntniß gebracht werde. Der Zweck dieser Bestimmung kann nur der sein, zu verhüten, daß die kurze Verjährungsfrist den Berechtigten nachtheilig werde, er würde aber nicht erreicht, wenn die Verjährung trotz Unterlaßung jener Kenntnißgabe dennoch zu laufen beginnen würde. Daß auch die oberste Administrativbehörde, der Regierungsrath dieser Auffassung beipflichtet, ergibt sich aus dem unter No. 2873 des Commentars von Ullmer abgedruckten Praejudiz, denn dort wird der Beginn der Verjährungsfrist sogar für den Fall in Zweifel gezogen, als der Vögtling zwar auf die §§ 432 und 433 aufmerksam gemacht worden ist, aber anstatt durch wörtliche Mittheilung der Bestimmungen durch bloßes Citat der Gesetzesstellen. Endlich dürfte auch gerade der vorliegende Fall die Richtigkeit der gegebenen Gesetzesauslegung deßwegen besonders darzuthun geeignet sein, weil hier die Erben des verstorbenen Bevormundeten ebenfalls unter Vormundschaft standen und sich deßwegen ganz gut die Idee geltend machen konnte, daß die Vormundschaft über die Erben eigentlich nur eine Fortsetzung der Vormundschaft über den Erblasser sei und deßhalb Ersatzansprüche erst nach Beendigung der erstern geltend gemacht werden müssen. Auch solchen irrigen Auffassungen zu begegnen, dürfte der Zweck jener Vorschrift sein und dieser wird wiederum nur erreicht bei Acceptation der ihr durch die vorstehenden Ausführungen verliehenen Bedeutung.

6. Hängt nun aber hienach das Schicksal der Verjährungseinrede davon ab, ob dem Vormunde des Wilhelm Halter bei Zustellung der Schlußrechnung vom 22. Juni 1880 gleichzeitig die Bestimmungen der §§ 432 und 433 schriftlich mitgetheilt worden sind oder nicht, so muß sie verworfen werden, weil eine solche Mittheilung nicht nur nicht nachgewiesen ist, sondern die Akten vielmehr mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit ergeben, daß die Mittheilung deßwegen nicht für nöthig erachtet wurde, weil man eben die Vormundschaft über die Erben des Jsak Halter nur

als eine Fortsetzung derjenigen über den letztern betrachtet, den Fall mehr demjenigen eines bloßen Wechsels in der Person des Vormundes gleichgestellt und deßhalb gar nicht daran gedacht hat, daß hier die Vorschriften der §§ 432 und 433 des P.-G.-B. überhaupt zur Anwendung kommen.

7. In materieller Beziehung kommt der § 351 des P.-G.-B. zur Anwendung, wonach der Beklagte für allen Schaden verantwortlich ist, den er absichtlich oder durch Fahrläßigkeit verschuldet hat. Seine Haftpflicht besteht im Principe auch für leichte Fahrläßigkeit. Diese ist zu bemeßen nach dem Maßstab eines sorgfältigen Mannes und guten Hausvaters, dabei darf jedoch mit Rücksicht auf den § 1003 des P.-G.-B. nicht vom abstrakten Begriff eines sorgfältigen Mannes und guten Hausvaters ausgegangen, sondern es muß der allgemeine Kulturzustand und die regelmäßige Fähigkeit unserer Vormünder in Berücksichtigung gezogen, es darf mit andern Worten nur ein gewöhnlicher, guter zürcherischer Landhausvater zum Vorbild genommen werden. Dagegen fallen die besonderen Eigenschaften des Beklagten soweit sie *unter* diesem Maßstab stehen, außer Betracht.

8. Der Beweis für eine die Verantwortlichkeit des Beklagten begründende Fahrläßigkeit trifft die Kläger. Es geht nicht an, wie geschehen, dahin zu argumentiren, daß eine Pfandentlaßung, in abstracto betrachtet, — zunächst immer als eine Fahrläßigkeit angesehen werden müsse und deßhalb dem *Beklagten* zu zeigen obliege, daß eine solche durch die concreten Verhältnisse ausgeschlossen sei, denn es ist selbstverständlich, daß gerade nur die aus der Würdigung der concreten Verhältnisse sich ergebende Fahrläßigkeit die Grundlage einer Schadenersatzforderung bilden kann und deßhalb als Klagegrund von den Klägern zu beweisen ist. Eine abstrakte Fahrläßigkeit gibt es überhaupt nicht.

9. Die auf dem der Pfandschaft entlassenen Grund und Boden gestandenen Gebäulichkeiten waren zur Zeit der Entlassung bereits abgebrannt, die Erstellung anderer, weit werthvollerer Gebäulichkeiten aber auch schon ausgeführt. Der Deckungswerth, auf den verzichtet wurde, ist somit gleich dem Werth der neu erstellten, später der Kantonalbank verschriebenen Gebäude sammt Grund und Boden. Der Verzicht auf diesen Deckungswerth ist seitens des Beklagten in einer Weise und unter Umständen ausgesprochen worden, welche sofort die sorglose und fahrläßige Handlung kennzeichnen und zwar in einem Grade, wie er auch bei Anwendung des Maßstabes eines gewöhnlichen zürcherischen Landhausvaters zur Haftpflicht für den verursachten Schaden führen muß. Es ist ja gewiß richtig, daß auch ein Vormund unter Umständen zu einer reinen Liberalität Hand bieten darf und es mag für den vorliegenden Fall zugegeben werden, daß im Zeitpunkte der, einen Liberalitätsakt in sich schließenden Pfandentlassung der Briefschuldner Weber sich in einer Situation befand, die unter Umständen genügende Veranlaßung bilden konnte, seinem Gesuche zu entsprechen, allein Mangels aller verwandtschaftlichen und Pietätsrücksichten auf Seite des Briefgläubigers Jsak Halter ihm gegenüber, konnten die, eine Pfandentlassung rechtfertigenden Umstände doch wohl nur in den, die Frage der Sicherheit der 4000 Fr. Forderung berührenden Verhältnissen liegen d. h. es durfte dem Gesuche nur entsprochen werden, wenn sich bei sorgfältiger Prüfung der Verhältnisse die Ueberzeugung bilden mußte, daß, außerordentliche Verhältnisse abgerechnet, die übrig bleibenden Pfande zur vollen Deckung der Forderung genügen. Vorsicht war in dieser Richtung um so mehr geboten, als das ganze Vermögen des Jsak Halter bloß ca. 10,000 Franken betrug, der 4000 Fr.-Brief also einen erheblichen Theil desselben ausmachte und folglich jeder Verlust als ein erheblicher erscheinen mußte. Vorausgesetzt nun auch, eine heute angeordnete Expertise würde zu dem Resultate gelangen, daß die übrig gebliebenen Pfänder im November 1879 nach den damals herrschenden Land- und Gebäudepreisen einen Werth von, sagen wir, rund 70,000 Fr. representirt haben, so könnte darauf nach den obwaltenden Umständen dennoch kein entscheidendes Gewicht gelegt werden, denn bevor man da, wo keinerlei

Rücksichten gegenüber dem Schuldner dazu Veranlaßung geben, eine bestehende Grundversicherung ohne jeden Gegenwerth theilweise aufgibt, muß die in den übrigen Pfändern liegende Deckung eine möglichst sichere sein, diese Sicherheit ist aber natürlich nicht gegeben, wenn man der Schatzung einfach die momentan geltenden Preise zu Grunde legt und keinerlei Rücksicht darauf nimmt, daß das Kapital, wie es hier thatsächlich der Fall war, bestimmt ist, auf Jahre hinaus in dem fraglichen Briefe angelegt zu bleiben, und daß in dieser Zeit die bedeutendsten Schwankungen in den Güterpreisen, ein Konkurs des Briefschuldners, eine Zwangsliquidation etc. eintreten können. Solche Verhältnisse dürfen nicht außer Acht gelassen werden. Sie sind im vorliegenden Fall eingetreten und haben, weil nicht zu nützlicher Zeit berücksichtigt, den Verlust herbeigeführt. Die Nichtbeachtung dieser Faktoren fällt dem Beklagten um so mehr zur Last, als dieselben gleichzeitig von andern Personen berücksichtigt worden sind und dieser Umstand denselben bei ganz wenig Sorgfalt auf das Gefährliche der Pfandentlassung hätte hinweisen müssen. Der Schuldner Weber versuchte nämlich das benöthigte Geld vorerst auf einen Ueberbrief auf die nämlichen Unterpfande, welche nach der Pfandentlassung dem 4000 Fr.-Brief zur Sicherheit dienten, aufzunehmen, (siehe Geldaufbruchschein vom 17. Oktober 1879) und wandte sich dießfalls an verschiedene Geldinstitute, wurde aber überall abgewiesen und kam erst dann auf die Idee, die neu erstellten Gebäulichkeiten sammt Grund und Boden allein zu verpfänden. Ein Ueberbrief hätte 49,671 Fr. Vorstände erhalten, weil für den Fall der Errichtung desselben der 1121 Fr. 33 haltende und der 6000 Fr. haltende Brief zur Löschung eingereicht waren. Der 4000 Fr.-Brief hatte 46,792 Fr. 33 Vorstände, weil der 1121 Fr. 33 Rp. haltende Brief am Notariatsprotokoll nicht gelöscht worden war und falls kein Ueberbrief errichtet werden sollte, auch nicht gelöscht werden durfte und überdem war noch der mit ihm in gleichen Rechten stehende 6000 Fr.-Brief ungelöscht am Notariatsprotokoll, und auch nicht zum Löschen bestimmt. Die Stellung des 4000 Fr. haltenden Briefes war also keine bessere als die eines neu zu errichtenden Ueberbriefes und dennoch hat der Beklagte die Pfandentlaßung befürwortet, währenddem die Geldinstitute sich weigerten, gegen Einräumung der ungefähr gleichen Sicherheit ein Darlehen von 8000 Fr. zu machen. Diese Verhältnisse hätten dem Beklagten, auch bei der oberflächlichsten Prüfung nicht entgehen können und müßten ihn entweder zur sofortigen Ablehnung des Gesuches oder dann wenigstens zur förmlichen Vorlage desselben an das Waisenamt behufs Prüfung der Angelegenheit durch diese Behörde und Beschlußfassung veranlaßt haben. Daß die letztere Behörde nicht auf das Gesuch eingegangen wäre, kann als ziemlich sicher bezeichnet werden. Der Beklagte hat nun aber gar nichts gethan. Er prüfte weder den Brief selbst mit Bezug auf die Zahl der Vorstände, noch bekümmerte er sich darum, ob einzelne der letztern abbezahlt seien, um Löchung zu verlangen, noch nahm er eine Schatzung der Pfandobjekte vor und ebenso wenig unterbreitete er die Angelegenheit der Prüfung des Weisenamtes. Denn als solche kann eine mündliche Rücksprache mit dem Waisenamtspräsidenten nicht gelten, um so weniger als er aus der sofortigen Antwort desselben, es sei nichts zu riskiren, entnehmen mußte, daß eine Vorlage an die Behörde selbst nicht stattfinde. Zu dieser Vorlage war aber der Beklagte verpflichtet. Nach § 372 lit. a des P.-G.-B. bedürfen der waisenamtlichen Genehmigung alle nicht zum ordentlichen Wirthschaftsbetriebe gehörenden Veräußerungen. Das theilweise Aufgeben einer Grundversicherung ist aber zweifelsohne eine Veräußerung, weil hier unter diesem Begriffe offenbar jedes Aufgeben eines Rechtes verstanden ist. Daß eine derartige Veräußerung aber nicht zum ordentlichen Wirthschaftsbetriebe gehört, sollte ohne Weiteres klar sein. Eventuell müßte der § 373 zur Anwendung kommen; denn zum Mindesten handelt es sich um ein Rechtsgeschäft, welches den Kapitalbestand des Vermögens vermindern konnte. Die Güterpreise sind gesunken, die Pfandobjekte entwerthet worden, und der Verlust ist eingetreten. Muß nun

aber gesagt werden, daß wenn sich der Beklagte überhaupt um die Verhältnisse bekümmert und seine Zustimmung nicht rein in den Tag hinein gegeben hätte, er sich zum Mindesten zur Vorlage der Angelegenheit an das Waisenamt hätte veranlaßt sehen müssen und dieses die maßgebenden Factoren nach Allem nicht Anders als im Sinne der Abweisung des Gesuches hätte würdigen können, so muß das gegenwärtige Resultat dem Beklagten gewiß auch zur Schuld angerechnet werden. Zum gleichen Schlusse müßte man übrigens auch gelangen, wenn man es als zweifelhaft ansehen wollte, wie das Waisenamt entschieden hätte. Denn eine allfällige Ungewißheit darüber hat wiederum er verschuldet und darf deßhalb der Richter davon ausgehen, dieser Entscheid wäre so ausgefallen, wie er nach seiner Ansicht hätte ausfallen sollen.

10. Damit ist die prinzipielle Verantwortlichkeit des Beklagten für die Folgen der Pfandentlassung festgestellt und frägt sich nun bloß noch, worin diese Folgen bestehen bezw. ob und welcher Schaden als Folge der Pfandentlassung (Causalzusammenhang) eingetreten sei. Trotz Wegfall der Schuldbriefe von 7121 Fr. 30 und 6000 Fr. aus dem Passivetat des Konkursiten Weber sind auf dem 4000 Fr.-Brief nebst Zins 589 Fr. 74 verloren gegangen (Differenz zwischen 4080 Frkn. und dem Betreffniß von 3490 Fr. 26). Ohne die Pfandentlassung wäre dieser Verlust nicht eingetreten, weil dann der auf den entlassenen Pfändern erzielte, nunmehr der Kantonalbank zugekommene Erlös zunächst zur Deckung des 4000 Fr.-Briefes hätte verwendet werden müssen und diese damit eine vollständige geworden wäre. Bezüglich dieses Schadens ist also der Causalzusammenhang mit der schädigenden Handlung hergestellt und muß somit der Beklagte den Klägern unter allen Umständen für ²/₃ dieser Summe = 393 Fr. 16 aufkommen, was von ihm eventuell auch nicht bestritten worden ist.

11. Nun sind aber die an sich auf den 4000 Fr.-Brief entfallenen 3490 Fr. 26 den Kindern Halter in Wirklichkeit nicht voll zugekommen, denn sie mußten einen Drittheil dieser Summe mit 1163 Fr. 42 den Kindern Weber abgeben, um dieselben zur Festhaltung an der Bestreitung der beiden Briefe von 7121 Fr. 30 und 6000 Fr. bezw. der auf denselben angemeldeten Posten von 5900 Fr. nebst Zins und 3000 Fr. zu veranlassen und so zu bewirken, daß diese Posten dahin fallen und die 3490 Fr. 26 demzufolge nicht diesen Ansprüchen, sondern ihnen zukommen. Die Kläger verlangen deßhalb auch Ersatz von ²/₃ der Summe von 1163 Fr. 42 = 775 Fr. 61 und zwar mit Recht. Ohne die Pfandentlassung wäre nach Deckung der drei ersten Briefe von 34,333 Fr. 33, 1866 Fr. 67 und 2350 Fr. je nebst Zinsen zur Deckung der nachfolgenden Titel nicht bloß ein Betrag von 3490 Fr. 26, sondern ein solcher von 11,001 Fr. 61 (3490 Fr. 26 plus 7511 Fr. 35 Erlös auf den entlassenen Pfändern) übrig geblieben. In diesem Falle hätten aber die Kinder Halter nichts aufopfern müssen, um die Kinder Weber am Festhalten ihrer Protestation zu veranlassen, weil die letztern dannzumal ein großes eigenes Interesse an der Prozeßfortsetzung gehabt hätten, was sich daraus ergibt, daß sie in diesem Falle, weil der Brief der Kantonalbank ohne die Pfandentlassung überhaupt nicht zur Existenz gelangt wäre, von den 11,001 Fr. 61 nach Zahlung der 4080 Fr. an die Kinder Halter die Differenz von 6921 Fr. 61 erhalten hätten. Abgesehen davon ist zu berücksichtigen, daß eigentlich nur der Anspruch von 5900 Fr. nebst Zinsen, für welchen der Schuldbrief von 7121 Fr. als Faustpfand geltend gemacht worden ist, ernstlich festgehalten wurde, während die auf dem 6000 Fr.-Brief angemeldeten 3000 Fr. freiwillig fallen gelassen wurden. Diese letztere Post wäre also wohl auch ohne ein Opfer seitens der Kinder Halter dahin gefallen, in diesem Falle aber konnte ihnen das Bestehenbleiben der vorgehenden Post von 5900 Fr. nebst 199 Fr. Zins gleichgültig sein, weil sie auch bei Befriedigung derselben noch vollständig gedeckt worden wären. Damit ist der Causalzusammenhang zwischen der Pfandentlassung und der Einbuße der Kinder Halter im Betrage von 1163 Fr. 42 gegeben und folglich auch die Haftpflicht des Beklagten für diesen Betrag bezw. gegenüber den Klägern für ²/₃ desselben

festgestellt. Es ist allerdings vollkommen richtig, daß wenn die Kinder Halter die Forderungen von 5900 Fr. und 3000 Fr. nebst Zinsen innerhalb der Bedenkzeit bestritten hätten, sie, um das gleiche Resultat zu erreichen, nichts hätten opfern müssen, weil dannzumal der Rückzug der Protestation seitens der Kinder Weber für sie gleichgültig gewesen wäre. Allein darauf kann sich der Beklagte, sobald einmal feststeht, daß ohne seine fahrlässige Handlungsweise (die eigenmächtige Pfandentlassung) eine Anfechtung der betreffenden Posten im Konkurs Weber durch die Kläger überhaupt gar nicht nothwendig gewesen wäre, sie vielmehr gleichwohl ohne jedes Opfer zu voller Deckung gelangt wären, nicht berufen. Es bestund keine Rechtspflicht der Kläger, besondere Schritte vorzunehmen, um die schädigende Wirkung der Pfandentlassung möglichst zu verhindern (siehe Ullmer No. 540 und 612). Eventuell aber könnte die Unterlassung rechtzeitiger Bestreitung fraglicher Ansprachen im Konkurse Weber durch die Kinder Halter jedenfalls nur dann von Bedeutung sein, wenn darin eine Fahrlässigkeit erblickt werden müßte, das zu zeigen hat aber der Beklagte unterlassen und aus dem Umstande, daß die eine Ansprache schließlich verworfen und die andere zurückgezogen worden ist, kann ein bezüglicher Schluß nicht gezogen werden. Geht man davon aus, daß die Kläger gegenüber dem Beklagten überhaupt keine Pflicht zur Vornahme besonderer Schritte im Konkurse gehabt haben, so kann der letztere froh sein, daß dieselben nachträglich 1163 Fr. 42 Rp. aufgeopfert haben, um die bezüglichen Ansprachen zu Fall zu bringen, weil die 4000 Fr. sonst *vollständig* verloren gegangen wären und der Beklagte dann den Betrag hätte ersetzen müssen, der Mangels der Pfandentlassung auf die 4000 Fr. gefallen wäre, dieser aber viel mehr als die eingeklagte Summe ausgemacht haben würde.

Liegenschaftenkauf.

Schriftliche Vertragsform. Inwiefern gilt als solche auch der Briefwechsel? (§ 414 des neuen privatrechtlichen Gesetzbuches.) Die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Schweiz. Obligationenrechts auf den Liegenschaftenkauf. (§ 1089 des P. G.-B., neu.) Die Dauer der Verbindlichkeit einer Vertragsofferte an einen Abwesenden. (Art. 5 des O.-R.)

Obergericht Zürich, Appellationskammer,
19. Februar 1889,
Handelsgesellschaft ca. Aegeter.

Der Kaufmann Aegeter in Winterthur schrieb am 4. Oktober 1888 an die Handelsgesellschaft Zürich (eine Genossenschaft): „Nachdem die Liquidation meines Geschäftes nahezu vollendet ist, bin ich im Falle, auch meinen Petroleumkeller in der Grütze (Winterthur) zu veräußern. Derselbe ist 4 Meter breit und dürfte gerade für Ihren Bedarf passen. Falls Sie geneigt sind, mit mir in Unterhandlung zu treten, will ich Ihre Berichte gerne gewärtigen." In einem Nachsatz, unterzeichnet: „Obiger", ist sodann beigefügt: „Der laufende Meter kostet mich ca. 1100 Fr. Ich würde Ihnen indessen den Preis für meine 4 Meter auf 3800 Fr., zahlbar bei der Fertigung, äußerst stellen, welcher Preis im Verhältniß zu den Bequemlichkeiten und einer bedeutenden Spesenersparniß ein sehr billiger genannt werden kann." Sofort telegraphirte der Geschäftsführer der Adressatin (Tobler): „Werde Morgen oder Uebermorgen persönlich erscheinen" und wirklich gingen am 5. Oktober sowohl Tobler als der Präsident der Gesellschaft, Baur-Schärr, nach Winterthur. Sie trafen den Aegeter nicht, sondern nur dessen Prokurist Jent, den sie gefragt zu haben scheinen, ob der Preis nicht auf 3600 Franken reduzirt werden könnte, was aber verneint wurde. Die beiden wollen den Prokuristen sodann gefragt haben, wie lange ihnen Zeit zu definitiver Zu- oder Absage auf die schriftliche Offerte vom 4. Oktober gewährt werde und es wird behauptet, von Aegeter aber bestritten, daß darauf die Antwort ertheilt worden sei, man lasse sich bei genann-

ter Offerte bis am 20. Oktober behaften. In Winterthur besteht eine sogenannte Petroleumlager-Corporation, deren Mitglied auch Aegeter war. Laut den Statuten oder einem besondern Beschluß dieser Korporation dürfen Kellerabtheilungen auf der Grütze nur an Corporationsmitglieder verkauft werden. Aegeter behauptet, daß er am 5. Oktober den Herren Tobler und Baur-Schärr von diesem Sachverhalt Kenntniß gegeben und das Verkaufsrecht der Corporation vorbehalten habe, was aber bestritten wird. Thatsache ist, daß Aegeter am 10. Oktober dem Präsidenten der Petroleumlagergesellschaft folgenden Brief schrieb:

„Wie ich Ihnen schon mitgetheilt, habe ich meinen Petroleumkeller in der Grütze zu wiederholten Malen den hiesigen Mitgliedern der Corporation zum Kaufe angeboten, es sind jedoch meine Offerten bis heute ohne Erfolg geblieben. Nun habe ich einen auswärtigen Reflectanten gefunden und sind mir bereits 3600 Fr. offerirt. So viel mir jedoch bekannt ist, besteht in den Statuten der Petroleumlager-Corporation immer noch ein Paragraph, wonach ein Kauf nur an *hiesige* Kolonialwaarenhändler gestattet wäre. Nachdem nun aber einerseits der Keller für mich gänzlich entbehrlich geworden und anderseits die Corporationsmitglieder denselben nicht kaufen wollen, betrachte ich den fraglichen Paragraphen für mich als dahingefallen. *Falls dagegen die Corporation Werth darauf legen sollte, den Keller nicht in auswärtige Hände übergehen zu lassen, so bin ich natürlich gerne bereit, ihr das Vorrecht zum vorstehenden Preis von 3600 Fr. einzuräumen und bitte bis zum 20. Oktober um Bericht.*"

Mit Brief vom 14. Oktober machte Aegeter der Handelsgesellschaft die Mittheilung, es habe die Petroleumlagergesellschaft beschlossen, seinen Kellerantheil „um den mir von Ihnen offerirten Preis von 3600 Fr." käuflich zu übernehmen und fügte bei: „Es thut mir leid, Ihnen nicht zusagen zu können. Gegen die Beschlüsse der Gesellschaft kann ich nichts thun.

Am 19. Oktober schrieb der Präsident der Handelsgesellschaft an Aegeter: „Soeben in den Besitz des bezüglichen Verwaltungsrathsbeschlusses gekommen, acceptire ich Namens der Handelsgesellschaft die uns von Ihnen unterm 4. Oktober gemachte Offerte über 4 Meter Petroleumlagerraum zum Preise von 3800 Fr. Die uns von Ihrem Herrn Jent gestellte Bedenkzeit läuft mit dem 20. Oktober ab."

Aegeter antwortete am 23. Oktober, er könne nur bestätigen, daß der Keller schon verkauft sei. Er habe ja die Rechte der Petroleumlagergesellschaft vorbehalten.

Die Handelsgesellschaft betrat den Prozeßweg. Sie verlangte, daß Aegeter verpflichtet werde, den Kauf zu halten oder 1500 Frkn. Schadenersatz zu zahlen.

Die Klage wurde abgewiesen.

Gründe:

1. Nach den Bestimmungen der §§ 1089 und 414 des neuen privatrechtlichen Gesetzbuches, welches auf den vorliegenden Fall anzuwenden ist, namentlich aber Angesichts der in der letzterwähnten Gesetzesbestimmung enthaltenen Verweisung auf die Art. 11 *u. ff.* des Schweiz. Obligationenrechts, kann wohl kaum einem Zweifel unterliegen, daß Verträge über Veräußerung von Liegenschaften *grundsätzlich* auch durch Briefwechsel oder Wechsel von Telegrammen in gültiger Weise abgeschossen werden können. Allein es muß in Anlehnung an den speziellen Wortlaut des § 414, der von *Abfassung* der Verträge spricht, verlangt werden, daß der Briefwechsel seinem Inhalte nach einem schriftlich abgefaßten und unterzeichneten Vertrag gleichgestellt d. h. der vom Verpflichteten unterzeichnete und vom Berechtigten geltend gemachte Brief als wirkliche schriftliche Abfassung (Formulirung) des Vertrages aufgefaßt werden kann. Wenn also der Brief keine Formulirung eines Vertrages, sondern eine bloße Parteiäußerung über einen Vertrag enthält und auch seine Unterzeichnung keine Unterzeichnung von Vertragsbestimmungen ist, sondern bloß die Unterzeichnung des Willens und der Meinungsäußerung eines Adressanten an den Adressaten, so kann von einem gültigen Vertragsabschluß keine Rede sein (siehe H. E. IV, S. 110). Nun ist aber

weder in dem Brief des Beklagten vom 4. Oktober, noch in der endlichen Zusage der Klägerin eine solche Formulirung des von der Klägerin behaupteten Kaufvertrages zu finden und folglich ist der Kauf schon Mangels der gesetzlich vorgeschriebenen Vertragsform nicht als zu Stande gekommen zu betrachten und die Klage schon aus diesem Grunde abzuweisen.

2. Die Frage nach dem Zustandekommen eines perfekten Vertrages muß aber auch noch aus dem weitern Grunde verneint werden, weil die Zusage der Klägerin auf die Offerte des Beklagten vom 4. Oktober erst am 19. Oktober gegeben worden ist, in diesem Zeitpunkte aber der Beklagte an seine Offerte nicht mehr gebunden war. Dieß folgt aus dem nach § 1089 des P. G.-B. hier ebenfalls zur Anwendung kommenden Art. 5 des Obligationenrechtes, wonach, wenn ein Antrag ohne Bestimmung einer Frist an einen Abwesenden gestellt worden ist, der Antragsteller nur bis zu dem Zeitpunkte gebunden bleibt, in welchem er den Eingang der Antwort bei ordnungsmäßiger, *rechtzeitiger* Absendung derselben erwarten darf, denn daß dieser letztere Zeitpunkt am 19. Oktober längst verstrichen war, bedarf keiner weitern Begründung. Die Klägerin meint allerdings, weil sie eine Genossenschaft sei, so habe die Behaftung des Beklagten so lange gedauert, bis eine Beschlußfassung des Verwaltungsrathes und die Mittheilung derselben an den Offerenten möglich gewesen sei. Allein davon kann im Ernste nicht gesprochen werden. Dieß könnte unter Umständen sehr lange dauern und für den, der das Anerbieten gemacht hat, von sehr nachtheiligen Folgen sein. Die Gesellschaft muß ein Organ haben, welches, sei es mit, sei es ohne *besondere* Vollmacht, befugt ist, dieselbe im Verkehre mit Dritten zu vertreten.

3. Nun wird freilich behauptet, es habe der Beklagte erklärt, daß er sich bis zum 20. Oktober bei seiner Offerte *vorbehaltslos* behaften lasse. Allein diese Behauptung ist bestritten und nicht bewiesen. In dieser Richtung wurde zwar auf den Brief des Beklagten an die Petrolcorporation Winterthur vom 10. Oktober verwiesen, derselbe ist aber nicht beweisbildend. Denn es wird darin die Petrolcorporation nur um Bericht bis zum 20. Oktober ersucht, womit noch nicht gesagt ist, daß der Beklagte der Klägerin bis dahin haften wolle *und zwar vorbehaltslos*. Es geht aus diesem Briefe im Gegentheil eher hervor, daß er auch der Klägerin gegenüber das Vorkaufsrecht der Korporation gewahrt oder ausbedungen hat.

4. Mangelt es nun aber hienach an einem gültigen Kaufvertrag, so fehlt der Klage das Fundament und muß sie deßhalb abgewiesen werden.

Urkunden-Edition.

Streit über die Editionspflicht. Geschäftsbuch im Sinne von § 574 lit. g oder Notizbuch mit rein persönlichem Charakter im Sinne von § 575 des P.-G.-B. (neu)?

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 12. Februar 1889.
Schadegg u. Cons. ca. *Gubler*.

In einem Forderungsprozesse, in welchem hauptsächlich der Umfang der von den Klägern und Widerbeklagten geleisteten Zahlungen streitig war, verlangten die letztern vom Beklagten und Widerkläger Edition eines Notizbüchleins, weil, wie sie wissen wollten, die Zahlungen, die der letztere empfangen zu haben bestreite, in diesem Büchlein eingetragen seien. Der Beklagte antwortete, daß er das verlangte Büchlein nicht auffinden könne, was sich daraus erkläre, daß es von seinem inzwischen verstorbenen Sohne, der auch die dem Prozesse zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte (Obstverkäufe) thatsächlich allein besorgt habe, geführt worden sei. Er werde aber seine Nachforschungen fortsetzen und, falls dieselben von Erfolg begleitet seien, das Büchlein freiwillig beibringen, eine *Pflicht* zur Edition bestreite er indessen entschieden. Das Bezirksgericht nahm aber an, daß eine solche Pflicht bestehe, weil das fragliche Notizbüchlein, da der Beklagte anerkanntermaßen keine weitern Bücher führe, als sein

Geschäftsbuch (bezüglich des Obsthandels, den er im Herbst 87 betrieb) angesehen werden müsse. Es setzte deßhalb dem Beklagten Frist zur Edition an, unter der Androhung, daß sonst angenommen würde, er anerkenne die von den Klägern durch das Büchlein zum Beweise verstellten thatsächlichen Behauptungen. Die Frist ging mit dem 9. Oktober 1888 fruchtlos zu Ende und es wäre also damit die Wirksamkeit der Androhung eingetreten. Trotzdem trat aber das Gericht auf ein erst am 10. Oktober eingegangenes Gesuch des Beklagten um Aufhebung der Editionsauflage in der Weise ein, daß es zwar an der letztern festhielt, aber dem Beklagten gestattete, das Büchlein noch bei der Schlußverhandlung vorzulegen. Und in der That wurde dann bei der letztern ein kleines, völlig ungeordnete Bleistift- und Tinteneinträge enthaltendes Taschennotizbüchlein gebracht, das man als das verlangte erklärte, in welchem aber die klägerischerseits behaupteten Zahlungen *nicht* eingetragen waren, weßhalb die Kläger erklärten, daß das edirte Büchlein nicht das richtige sei und deßhalb der der Editionsauflage beigefügten Androhung Folge gegeben werden müsse. Das Bezirksgericht verwarf indeß diesen Antrag, weil nichts dafür vorliege, daß der Beklagte noch ein anderes Büchlein geführt habe. Zweitinstanzlich anerkannten dann die Kläger, daß das beigebrachte Büchlein das richtige sei, sie verlangten aber dennoch, daß die Androhung, welche der bezirksgerichtlichen Editions-Auflage beigefügt worden sei, Folge gegeben werde, weil die Vorlage nicht *rechtzeitig* erfolgt sei. Daß das Büchlein die behaupteten Zahlungen nicht enthalte, erkläre sich nur daraus, daß aus demselben 2 Seiten herausgerissen worden seien. Der Beklagte beharrte auf seinem Standpunkt, daß eine Editionspflicht überall nicht bestehe und deßhalb auch die Auflage mit ihrer Androhung nicht geschützt werden könne. Die behaupteten Zahlungen haben nie in dem Büchlein gestanden.

Zweitinstanzlich wurde die Editionspflicht verneint und erklärt, dass das allfällige Fehlen von 2 Seiten in dem Büchlein unerheblich sei.

Gründe:

1. Der Vertreter der Kläger hat heute ausdrücklich zugegeben, daß das Notizbüchlein, dessen Edition er erstinstanzlich beharrlich verlangt hat, identisch sei mit dem Büchlein act. No. 74, das vom Beklagten bei der Schlußverhandlung zu den Akten gebracht worden ist. Er behauptete aber, daß der Editionsauflage nicht *rechtzeitig* nachgekommen worden sei und deßhalb gemäß der damit verbundenen Androhung angenommen werden müsse, es anerkenne der Beklagte die von den Klägern geltend gemachten und durch das Büchlein zum Beweise verstellten Zahlungen. Nun ist thatsächlich richtig, daß die Frist zur Edition mit dem 9. Oktober abgelaufen und die Eingabe des beklagtischen Vertreters, mit welcher er um Aufhebung der Editionsauflage nachsuchte, erst am 10. Oktober, also verspätet eingegangen ist. Das Bezirksgericht hätte deßhalb, davon ausgehend, daß die Editionsauflage materiell begründet sei, die Frist als verwirkt und die Androhung als wirksam geworden erklären sollen. Der Beschluß vom 23. Oktober, wonach es eine weitere Fristerstreckung bis zur Schlußverhandlung gewährte, war also unrichtig. Allein der Beklagte hält nun auch heute daran fest, daß die Editionsauflage eine ungerechtfertigte gewesen sei und dieser Auffassung muß beigetreten werden, woraus dann von selbst folgt, daß auch die mit der Auflage verbundene Androhung nicht wirksam geworden sein kann. Daß das Büchlein schließlich doch beigebracht worden ist, kann Angesichts der fortwährenden Bestreitung einer bezüglichen Pflicht nicht als Anerkennung der letztern angesehen, sondern es muß die Vorlage als eine freiwillige betrachtet werden, die nur zur Folge hat, daß die Urkunde, nachdem sie einmal bei den Akten ist, so wie sie eben vorliegt, als Beweismittel gewürdigt werden muß. Die Frage, ob eine Editionspflicht bestanden habe oder nicht, hängt davon ab, ob es sich hier um eine gemeinschaftliche Urkunde im Sinne der §§ 573 und 574 des P.-G.-B. (neu) handle oder nicht, und nun kann im Ernste keine Rede davon sein, dem Büchlein act. No. 74 diesen Charakter beizulegen. Ein Blick in dasselbe ge-

nügt, um den Satz zu begründen, daß dasselbe nicht ein Geschäftsbuch, im Sinne des § 574, sondern ein bloßes Notizbuch im Sinne des § 575 ist. Das Bezirksgericht argumentiirt mit Unrecht dahin, daß weil der Beklagte keine andern Bücher führe, eben das vorliegende Notizbuch als sein Geschäftsbuch betrachtet werden müsse, denn es ist doch klar, daß das Kriterium eines bestimmten Buches als „Geschäftsbuch“ im Sinne des Gesetzes nicht davon abhängen kann, ob die betreffende Person neben diesem noch andere, besser geführte Bücher besitze oder nicht, sondern nur davon, ob dasselbe nach seiner Anlage und Führung dazu bestimmt ist, einen gewissen Geschäftsverkehr ordnungsgemäß, in chronologischer Folge seiner Abwicklung darzustellen und, gerade um dieses Zweckes willen, den Betheiligten als gemeinschaftliche Urkunde zu dienen oder ob sein Zweck nur der ist, speziell demjenigen, der es führt, und nur ihm persönlich als Aufklärungsmittel, zur Auffrischung und Ergänzung seines Gedächtnisses zu dienen. Die Argumentation des Bezirksgerichtes enthält die thatsächlich nicht zutreffende Unterstellung, daß Jeder, der, wenn auch nur gelegentlich, eine gewisse Reihe von Geschäften abschließe, ein Geschäftsbuch führe. Das sollte wohl so sein, es ist aber im Leben vielfach anders und auch im vorliegenden Falle nicht darnach gehandelt worden. Daß auch in act. No. 74 Einträge über Geschäfte mit andern Personen enthalten sind, vermag den rein persönlichen Charakter der Urkunde nicht zu ändern, wie das in dem § 575 des P.-G.-B. deutlich genug gesagt ist.

2. Die Kläger haben heute geltend gemacht, daß aus act 74 zwei Seiten herausgerissen worden seien, auf denen aller Wahrscheinlichkeit nach die von ihnen geltend gemachten Zahlungen notirt gewesen seien. Allein unterstellt auch, man wollte die Thatsache der Entfernung von 2 Blättern auf Grund gerichtlicher Autopsie oder des Gutachtens eines Sachverständigen, auf das eventuell abgestellt wird, als gegeben betrachten, so wäre doch der Schluß, daß jene Blätter die klägerischerseits behaupteten Zahlungen enthalten haben und nur um diese mit Erfolg bestreiten zu können, herausgerissen worden seien, ein viel zu weitgehender Angesichts der Erfahrungsthatsache, daß sehr oft Blätter solcher Notizbüchlein herausgerissen werden, um diesen oder jenen momentanen Zwecken zu dienen.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. Mai 1889. VIII. Band. № 8.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter“ erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die „Amerikanische Schweizer-Zeitung“, 18 Ann Str., New-York.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Versprechen der Leistung eines Dritten

(Art. 127 O.-R.) für die Zeit „von dessen Moratorium“. Auslegung dieser zeitlichen Beschränkung etc.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 23. März 1889.

Berner Handelsbank ca. Ullmer.

Der alleinige Inhaber der in Bern domicilirt gewesenen Firma E. A. Ullmer, Schriftgießerei und graphische Reproduktionsanstalt schuldete der Berner Handelsbank neben andern Posten auch 7000 Fr. aus Wechselverbindlichkeit und übergab ihr zur Sicherstellung dieses Guthabens eine Lebensversicherungspolice von 60,000 Fr. auf die Versicherungsgesellschaft Phoenix in Paris als Faustpfand. Im Frühjahr 1887 gerieth die schuldnerische Firma in oekonomische Verlegenheit und es suchte deßhalb ihr Inhaber E. A. Ullmer mit den Gläubigern ein Arrangement zu treffen. Davon gibt Zeugniß ein *gedruchtes* Circular, das derselbe am 7. Mai 1887 an die Gläubiger versandte. In diesem Cirkular wird einleitend gesagt, es übermittle die Firma *gemäss dem einmüthigen Beschlusse der am 20. April stattgehabten Hauptgläubigerversammlung* die auf den 30. April, als der ordentlichen Inventarepoche abgeschlossene Bilanz, deren erste Erhebung von unparteiischen Sachverständigen geprüft und begutachtet worden sei, sowie nachstehend „unsere Vorschläge zu einer gütlichen Verständigung.“ Darauf geht das Circular über zu einer Darstellung der Verhältnisse, welche die gegenwärtige schwierige Lage der Firma verschuldet haben, macht geltend, daß durch den Verkauf des im Inventar gezeigten Lagerbestandes im Werthe von 88,000 Fr. die gegenwärtige Schwierigkeit in durchaus befriedigender Weise gehoben werden könne und fährt sodann nach einem Hinweis auf gewisse Verhältnisse, die der Firma ein besonderes Anrecht auf ihre Fortexistenz geben sollen, wie folgt fort:

„Zu den Vorschlägen übergehend, sind wir im Falle, Ihnen mitzutheilen, daß wir Seitens der Erbschaft des Herrn Dr. R. E. Ullmer sel. die Erklärung beigebracht haben, daß sie von ihren privilegirten Obligationenforderungen von zusammen 361,620 Fr. 85 keinen Gebrauch machen werden, wenn die Fortführung

des Geschäftes gesichert sei und von Seite der übrigen Gläubiger keine Zwangsliquidation beschlossen werde. Eine gleiche Erklärung hat uns auch der laut Bilanz mit 20,000 Fr. engagirte Herr Werner Würth ausgestellt." Nach der Bemerkung sodann, daß die Inventaransätze bei einer *freiwilligen* Liquidation mit hoher Wahrscheinlichkeit, dagegen bei einer gerichtlichen oder zwangsweisen Liquidation kaum zur Hälfte einbringlich wären, schließt das Circular wie folgt:

„Angesichts dieser Umstände und der durch die Bilanz erwiesenen Möglichkeit, unsere Contocorrentschulden in ihrem vollen Umfange abtragen zu können, wofern uns die nöthige Frist zur Realisirung der Waarenvorräthe gestattet wird, angesichts ferner der eben erwähnten Stellungnahme der Hauptobligationsgläubiger, erlauben wir uns, Sie zu bitten, Sie möchten uns:

1. ein Moratorium auf die Dauer von 3 Jahren bewilligen mit folgendem Abzahlungsmodus:

20 % am Schlusse des I. Jahres
30 % „ „ „ II. „
50 % „ „ „ III. „ oder aber

2. die freiwillige Liquidation, eventuell den freiwilligen Verkauf des Geschäftes zulassen unter gewissen, Ihre Rechte schützenden Bedingungen."

Auf dieses Circular hin eröffnete die Berner Handelsbank dem Ullmer, sie könne dem gewünschten Moratorium nur beitreten, wenn die pünktliche Entrichtung der Prämien für die ihr zu Faustpfand übergebene Police des Phoenix während der Dauer des Moratoriums sicher gestellt werde. Die Folge dieser Eröffnung war, daß Ullmer der Handelsbank folgende, von seiner Mutter unterzeichnete Verpflichtungsurkunde überbrachte:

Gutsprache.

„Unterzeichnete garantirt hiemit die pünktliche Entrichtung der Prämie für die bei der Berner Handelsbank faustpfandweise hinterlegte Police ihres Sohnes A. E. Ullmer de 60,000 Fr. *während der Dauer von dessen Moratorium.*

Enge, den 24. Mai 1887.

Frau Dr. Ullmer."

Am 28. Mai erklärte hierauf die Berner Handelsbank ihre schriftliche Zustimmung zum nachgesuchten 3jährigen Moratorium unter verschiedenen Bedingungen, von denen die wesentlichste dahin lautet: „daß bei Nichterfüllung der versprochenen Leistungen (Abzahlung von 20, 30 und 50 %) wir unsere volle Actionsfreiheit zurückerhalten." Gleiche Zustimmungserklärungen waren auch von den andern Hauptgläubigern erhältlich und es konnte somit das Moratorium als zu Stande gekommen betrachtet werden.

Am 6. Oktober 1887 war eine Prämie der erwähnten Police mit 880 Fr. 50 fällig und da der Versicherte Ullmer dieselbe nicht entrichtete, so zahlte die Berner Handelsbank als Faustpfandgläubigerin. Ebenso mußte diese eine zweite mit dem 1. April 1888 fällig gewordene Prämie zahlen, um den Untergang der Police zu verhindern. Für beide Beträge belangte sie dann auf Grund der oben genannten „Gutsprache" die Frau Dr. Ullmer und diese wurde durch rechtskräftig gewordenes Urtheil des Bezirksgerichtes Zürich vom 5. Oktober 1888 zur Zahlung verpflichtet.

Inzwischen, nämlich am 30. Juni 1888 war die erste Abzahlungsrate von 20 %, welche den Moratoriumsgläubigern hätte entrichtet werden sollen, fällig geworden und es hatte Ullmer seinen Gläubigern am Verfalltag (30. Juni) ein Circular zugehen lassen, mit der Nachricht, daß er, um eine allseitig befriedigende Lösung herbeizuführen, bezüglich seines Geschäftes in Verkaufsunterhandlungen getreten sei und bis zum 15. Juli annehmbare Vorschläge machen könne, sowie mit daran schließender Bitte, *bis dahin rechtliche Massregeln gegen ihn nicht zu ergreifen.* Der 15. Juli kam, aber Ullmer machte keine Vorschläge und am 17. Juli wurde sodann der provisorische Geldstag über ihn eröffnet. Am 14. August 1888 erschien ein neues Circular der Firma, in welchem zunächst gesagt ist, sie habe sich, da die Erwartungen, welche sie mit Bezug auf den Vertrieb der großen Waarenvorräthe gehegt und auf welche gestützt der *Gläubigerschaft* am 7. Mai 1887 ein dann zur Annahme gelangter Moratoriumsvorschlag unterbreitet worden sei, nicht in Erfüllung gegangen seien,

außer Stande gesehen, die erste auf 30. Juni verfallene Ratazahlung zu leisten. Im Anschluß an diese Eröffnung wird mitgetheilt, daß eine deutsche Aktiengesellschaft für das Geschäft 40 à 50,000 Fr. offerirt habe, zahlbar sofort nach Abschluß des Vertrages an die Gerichtsschreiberei in Bern zu Handen der Gläubiger und das Gesuch gestellt, es möchten letztere, unbeschadet ihrer Rechte und Forderungen ihre Zustimmung zu dem genannten Verkaufe geben.

Am 15. Oktober 1888 endlich (die Firma war immer noch in provisorischem Geldstag) erschien ein letztes von einem Herrn Swoboda, Bücher-Revisor, unterzeichnetes Circular, in welchem der Abschluß eines Nachlaßvertrages zu 12½ % proponirt wird. Auf dieses Cirkular antwortete die Berner Handelsbank unterm 30. Oktober: „Wir nehmen die uns offerirten 12½ % unserer Forderung hiemit an, wenn uns diese 12½ % bis längstens den 30. Nov. 1888 in baar bezahlt werden unter Vorbehalt aller unserer Rechte gegenüber den 3ten Verpflichteten, *inclusive Frau Ullmer* und auf das Faustpfand, haftend für den einen Wechsel von 7000 Fr."

Mittlerweile, am 6. Oktober 1888, war auf der Faustpfandpolice wieder eine Halbjahrsprämie mit 880 Fr. 50 Rp. verfallen und da der Pfandschuldner dieselbe abermals nicht zahlte, so that es die Pfandgläubigerin, die Berner Handelsbank und zwar am 2. November 1888. Auch diesen Betrag wollte sie nun gestützt auf die erwähnte Gutsprache von Frau Dr. Ullmer einziehen, da aber diese jede Zahlung verweigerte, so kam es zum Prozeß. Die Beklagte machte geltend, sie habe sich nur für die Zeit des Bestandes des Moratoriums verpflichtet, das letztere und damit ihre Verpflichtung seien aber lange vor dem 6. Oktober 1888 (dem Fälligkeitstage der hier in Frage kommenden Prämie) dahingefallen. Dem gegenüber machte die Klägerin geltend, es habe der Vertrag, wenn er sage, daß Beklagte die pünktliche Prämienentrichtung *während der Dauer des Moratoriums* garantire, nicht das allgemeine Moratorium, sondern nur den *speciellen* Stundungsvertrag zwischen ihr und der schuldnerischen Firma im Auge, dieser bestehe aber heute noch und folglich auch die Verpflichtung der Beklagten.

Das Bezirksgericht trat dieser letztern Auffassung bei und hieß die Klage gut, *die Appellationskammer dagegen wies dieselbe ab.*

Gründe:

1. Es ist der ersten Instanz darin beizupflichten, daß die sogenannte „Gutsprache", aus welcher die Klägerin ihren Anspruch herleitet, als ein Versprechen der Leistung eines Dritten, dessen Bruch gemäß Art. 127 des O.-R. die Schadenersatzpflicht bedingt, aufzufassen ist, nicht als eine Bürgschaftsverpflichtung. Nach diesem Scheine hat die Beklagte gegenüber der Klägerin, der Gläubigerin ihres Sohnes, die Verpflichtung übernommen, auf die Dauer eines gewissen Zustandes für ihren Sohn, den damaligen alleinigen Inhaber der Firma A. E. Ullmer & Cie. in Bern die fällig werdenden Prämien einer der Klägerin als Faustpfand dienenden Lebensversicherungspolice rechtzeitig zu bezahlen, falls diese Leistungen nicht durch den Verpflichteten selbst gemacht würden. Es kann sich also nicht um eine Bürgschaftsverpflichtung handeln, da die sich Verpflichtende nicht für eine Schuld ihres Sohnes *an die Klägerin* haften will, sondern für die Leistungen an einen Dritten, die Lebensversicherungsanstalt, zur Sicherung des vollen Werthes der der Klägerin als Faustpfand dienenden Police. Es ist diese Verpflichtung ganz ähnlich derjenigen des Trassanten aus Art. 726 des O.-R. oder des Indossanten aus Art. 732 daselbst.

2. Die Schuldpflicht der Beklagten hängt nun einfach davon ab, ob der erwähnte Zustand, auf dessen Dauer die Gutsprache eingegangen wurde, nämlich ein dem Schuldner gewährtes dreijähriges Moratorium zur Zeit der Fälligkeit des eingeklagten Prämienbetrages noch dauerte oder nicht. Es steht fest, daß seit Bewilligung des Moratoriums durch die Klägerin und die meisten übrigen Gläubiger des Sohnes Ullmer drei Jahre zur Zeit der Fälligkeit der Prämie noch nicht verflossen waren und daß weder der Schuldner noch die Beklagte dieselbe bezahlten, vielmehr die Klägerin, um sich den vollen Werth des

Faustpfandes zu sichern, den Betrag selbst entrichten mußte und so um die Klagesumme geschädigt wurde.

3. Die Beklagte bestreitet aber die Ersatzpflicht mit der Einwendung, daß schon vor dem 6. Oktober 1888, dem Fälligkeitstermin der Prämie, das Moratorium hinfällig geworden sei und es muß dieser Standpunkt entgegen der Annahme der ersten Instanz als begründet betrachtet werden. Die erste Instanz geht unrichtigerweise davon aus, daß der Moratoriumsvertrag mit jedem Gläubiger besonders und unabhängig abgeschlossen worden sei. Es ist zwar zuzugeben, daß ein gesetzlicher Begriff des Moratoriumsvertrages in unserem Gesetze nicht besteht. Ob ein solcher von dem bernischen Rechte aufgestellt wird, muß dahin gestellt bleiben, da keine der Parteien hierüber etwas vorgebracht hat. Es bleibt daher nichts übrig, als festzustellen, wie diese Vertragsart nach der üblichen, hierorts bekannten Verkehrspraxis aufgefaßt werden muß. Nun kann es gewiß keinem begründeten Zweifel unterliegen, daß regelmäßig der Moratoriumsvertrag ein Vertrag ist, der vom Schuldner mit der *Gesammtheit* seiner Gläubiger oder doch mit seinen Hauptgläubigern abgeschlossen wird zu dem Zwecke, die Betreibungen auf eine gewisse Zeit zu hemmen bezw. irgendwelche Vergünstigungen zu erlangen, um sich von seiner oekonomischen Bedrängniß erholen zu können, unbeschadet des Bestandes seiner Verpflichtungen. Es gehört hienach zum Wesen des Moratoriumsvertrages, daß der Abschluß mit einer *Gesammtheit* der drängenden Gläubiger geschieht. Der Zweck des Vertrages würde sonst nicht erreicht. Aus diesem Grunde wird auch regelmäßig die Gültigkeit des Vertrages gegenüber dem einzelnen Gläubiger von der Zustimmung der übrigen abhängig gemacht. Im vorliegenden Falle ist das nun zwar allerdings nicht *ausdrücklich* geschehen, aber doch stillschweigend. Denn den einzelnen Gläubigern mußte es nach dem ihnen vom Schuldner zugeschickten Antrage einer Verständigung sofort klar sein, daß es sich um einen mit einer Mehrheit von Gläubigern abzuschließenden Moratoriumsvertrag handle und daß nur, wenn die Zustimmung dieser Mehrheit und zwar der Hauptgläubiger, deren sofortige Befriedigung unmöglich erschien und deren *Gesammt*stundung einzig den damaligen sofortigen Verfall der antragstellenden Firma verhindern konnte, erhältlich sei, der Vertrag als geschlossen gelten solle. Diese Verhältnisse wurden im Circular vom 7. Mai 1887 vollständig klar gelegt. Schon im Eingang ist ausdrücklich bemerkt, daß die nachfolgenden Vorschläge aus dem einmüthigen Beschlusse einer *Hauptgläubiger*versammlung hervorgehen. Jeder Empfänger wußte, daß nicht nur speziell er in dem Circular einen Stundungsantrag erhalte, sondern, daß der *wörtlich gleiche* Antrag auch den übrigen Gläubigern zukomme und daß der darin erwähnte Verzicht der Inhaber von privilegirten Obligationsforderungen auf Geltendmachung dieser so bedeutenden Ansprüche natürlich nur für den Fall ausgesprochen werden wolle als der beabsichtigte *allgemeine* Stundungsvertrag, der im Gegensatz zum einzelnen „Moratorium" genannt wird, zu Stande komme. Schon das *gedruckte* Circular war ja Fingerzeig genug, um was es sich handle, zumal wenn man berücksichtigt, daß sich Alles in *kaufmännischen* Kreisen bewegte, die in dergleichen Dingen ja zu Hause sind. Es nahm also sicherlich keiner der Empfänger des Circulars an, daß das Zustandekommen des Moratoriums von seiner Zustimmung *allein* abhänge.

4. Ist nun aber davon auszugehen, daß die soeben entwickelte Auffassung des Moratoriums eine allen Betheiligten klare war, daß sämmtliche Gläubiger, mit Inbegriff der Klägerin wußten, es handle sich darum, durch eine *allgemeine* Stundung das Fortkommen der schuldnerischen Firma zu sichern, ihre Zahlungsfähigkeit wieder herzustellen, so konnte es auch beim Abschluß des Spezialvertrages mit der Beklagten, der sogenannten „Gutsprache" nur die Meinung haben, daß die Verbindlichkeit desselben einzig während der Dauer dieses allgemeinen Zustandes bestehen soll. Wäre die Klägerin wirklich Willens gewesen, sich die „Gutsprache" der Beklagten über das allgemeine Moratorium hinaus, d. h. so lange zu sichern, als sie thatsächlich Stun-

dung gewähre mit der zeitlichen Beschränkung auf drei Jahre, so hätte sie das unter bewandten Umständen *ausdrücklich* erklären müssen, weil die Beklagte diese Auffassung ohne besondere Erklärung nicht haben konnte. Der Verpflichtungsschein vom 24. Mai 1887 sagt aber einfach, die Beklagte garantire die pünktliche Entrichtung der Prämie, während der Dauer von *dessen* Moratorium d. h. während der Dauer des Moratoriums ihres Sohnes und damit kann doch nichts Anderes gemeint sein als so lange der *allgemeine* Zustand der Stundung, den man am 24. Mai ins Dasein zu rufen bestrebt war, rechtlich andaure. Hätte es sich darum gehandelt, die Verpflichtung zur pünktlichen Entrichtung der Prämie schlechthin auf so lange zu begründen als die Klägerin dem Ullmer Stundung gewähre ohne alle Rücksicht auf den gleichzeitigen Bestand der Moratoriumsverpflichtungen der andern Gläubiger, so würde man sich ganz anders z. B. dahin ausgedrückt haben, „so lange die Berner Handelsbank ihre Stundungsverpflichtung hält, jedoch nicht länger als drei Jahre.“ So drückte man sich aber nicht aus, weil die Beklagte keine derartige Verpflichtung eingehen wollte. Ihre Tendenz war, dem Sohne das allgemeine Moratorium zu ermöglichen und sie wollte sich deßhalb auch nur verpflichten für den Fall als dieses zu Stande komme *und so lange es daure*. Das specielle Stundungsverhältniß zur Klägerin hatte sie nur im Auge als ein Glied des Gesammtmoratoriums.

5. Nachdem nun festgestellt ist, was unter dem Moratorium, für dessen Dauer die Beklagte sich verpflichtet hat, verstanden werden muß, kann auf die direkte Beantwortung der in Erwägung 2 als entscheidend hingestellten Frage, ob dieses Moratorium zur Zeit der Fälligkeit der Prämie, deren Ersatz von der Beklagten verlangt wird, noch bestanden habe oder nicht, eingetreten werden. Bestand es nicht mehr, so war auch die „Gutsprache“ dahingefallen und muß die Klage abgewiesen werden, während der gegentheilige Schluß zu ihrer Gutheißung führen würde.

6. Die Prämie, um deren Ersatz es sich handelt, wurde am 6. Oktober 1888 fällig, damals aber war das Moratorium dahingefallen und ist folglich auf Abweisung der Klage zu erkennen. Das Moratorium wurde nur unter Bedingungen eingegangen, von denen die wesentlichste die war, daß die Moratoriumsgläubiger bei Nichterfüllung der bedungenen Leistungen (Abzahlungen von 20, 30 und 50 % nach Schluß des I., II. und III. Jahres) ihre Actionsfreiheit zurückerhalten. Diese letztere Bedingung hat wohl die Natur einer Resolutivbedingung, mit deren Eintritt die Gebundenheit der Moratoriumsgläubiger ipso jure aufhörte und sie ist schon mit dem 30. Juni 1888 eingetreten, denn an diesem Tage war die erste Ratazahlung fällig und mit Circular vom gleichen Datum theilte Ullmer den Gläubigern mit, daß er nicht zahlen könne, wie er denn auch wirklich nie bezahlt hat. Die letztern erhielten also ihre Actionsfreiheit wieder zurück und damit war das Moratorium gefallen. Es erfolgten offenbar auch Betreibungen seitens der Mehrzahl der Gläubiger und darin muß ein Rücktritt vom Moratorium erblickt werden, gleichviel in welchem Umfang die Betreibungen geschehen sein mögen, denn das Moratorium hatte natürlich keinen Sinn mehr, sobald zum Rechtstriebe geschritten wurde. Endgültig war der Rücktritt jedenfalls mit dem Momente, wo man es zum provisorischen Geldstag kommen ließ (15. Juli 1888). Damit war die rechtliche Betreibung für die Gesammtheit der Gläubiger in die Hände der Konkursbehörde gelangt und festgestellt, daß eine allfällige Verständigung mit den Gläubigern *ausserhalb* des Moratoriumsvertrages zu suchen war.

7. Daß sich die Klägerin nach dem Gesagten nicht darauf berufen kann, sie speziell sei nicht vom Moratorium zurückgetreten und mithin bestehe dasselbe ihr gegenüber noch, bedarf keiner weitern Begründung. Ebenso ist gleichgültig, was später im Oktober 1888 zwischen der Klägerin und dem Schuldner vereinbart worden war. Das Accomodement von 12½ % berührt die Beklagte nicht und es konnte ihre Verpflichtung durch den Vorbehalt vom 30. Oktober nicht wieder in's Leben gerufen werden.

Vertragsfähigkeit einer bevormundeten Person,

welcher der selbständige Betrieb eines Berufes oder Gewerbes gestattet ist. Stillschweigende Gestattung. Art. 34 des O.-R.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 13. März 1889,
Landry contra *Hug*.

Mit Vertrag vom 15. Oktober 1887 vermiethete A. Landry auf Uto-Kulm der Ehefrau des falliten Eduard Habisreutinger, Luisa geb. Moser, das Restaurant und Wohnhaus zum Uto-Kulm für die Zeit vom 20. Oktober 1887 bis 1. Mai 1888 gegen einige verhältnißmäßig unbedeutende Gegenleistungen. In Art. 3 des Vertrages ist sodann bestimmt: „Die Mietherin ist berechtigt, bis zum 15. April 1888 Fortdauer des Miethverhältnisses zu verlangen, in welchem Falle nachstehende Bedingungen in Kraft treten:

a. Dauer der Miethe vom 1. Mai 1888 bis 1. Mai 1891.
b. Miethzins Fr. 7000 fürs erste, Fr. 8000 fürs zweite und Fr. 9000 fürs dritte Jahr, zahlbar in 5 gleichen Raten je auf Ende Mai, Juni, Juli, August und September.

Mit Zuschrift vom 12. April 1888 gab Frau Habisreutinger die Erklärung ab, daß sie, von dem ihr im Miethvertrage eingeräumten Rechte Gebrauch machend, die Fortsetzung des Miethverhältnisses verlange.

Wegen eines Ausfluges, den der gemischte Chor Zürich im Juni 1888 auf Uto-Kulm machte, miethete Frau Habisreutinger am 26. Juni 1888 bei Gebrüder Hug in Zürich ein Klavier, das am 27. Juni nach Uto-Kulm verbracht wurde.

Die Mietherin kam ihrer Zinsverpflichtung nicht nach, weßhalb Landry ihr schon am 28. Juni mit Retentionsauswirkung drohte. Diese Drohung half indessen nichts und auch weitere Mahnungen blieben erfolglos, weßhalb Landry sich schließlich genöthigt sah, die Mietherin ausweisen zu lassen. Die Exmission erfolgte auf den 1. September 1888. Frau Habisreutinger gerieth sodann in Konkurs und Landry meldete für die Zeit vom 1. Mai bis 1. September 1888 eine Miethzinsforderung von 5600 Fr. an (je 1400 Fr. als $^1/_5$ von 7000 Fr. per Mai, Juni, Juli und August 1888) und machte dafür ein Retentionsrecht geltend an allen in die Miethräume gebrachten und zu deren Einrichtung und Benutzung dienenden beweglichen Sachen, also auch an dem genannten Klavier der Gebrüder Hug. Diese bestritten indeß sowohl die Miethzinsforderung als das Retentionsrecht und es kam deßhalb darüber zum Konkursprozeß.

In diesem wurde die Bestreitung der Miethzinsforderung auf die Behauptung gestützt, daß für die Zeit vom 1. Mai bis 1. September 1888 ein Miethverhältniß zwischen Landry und der Cridarin gar nicht bestanden habe, weil der Miethvertrag für diese Zeit nicht rechtsgültig geworden sei. Im Oktober 1887 sei nämlich der Ehemann der Gemeinschuldnerin im Konkurse und diese selbst unter Vormundschaft gewesen. Zur Gültigkeit des Miethvertrages habe somit die Genehmigung seitens der Vormundschaftsbehörden eingeholt werden müssen und diese sei denn auch dem *provisorischen* Vertrag ertheilt worden, nicht aber dem *definitiven* für die Folgezeit vom 1. Mai 1888 an.

Die Bestreitung der Miethzinsforderung wurde als unbegründet verworfen.

Gründe:

Der Einwand, es sei ein für die Cridarin rechtsverbindlicher Miethvertrag *desshalb* nicht zu Stande gekommen, weil jene damals bevormundet gewesen und die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde zu einem solchen Vertrage niemals eingeholt bezw. ertheilt worden sei, ist vom Konkursrichter mit Recht verworfen worden. Wie unser früheres Privatrecht, (§ 345) so statuirt auch das Obligationenrecht in Art. 34 die Haftpflicht solcher, in ihrer Vertragsfähigkeit beschränkter Personen, denen von ihrem gesetzlichen Vertreter (Vater, Vormund oder Vormundschaftsbehörde) der selbständige Betrieb eines Berufes oder Gewerbes ausdrücklich oder stillschweigend gestattet worden ist, für Verpflichtungen aus Geschäften, welche zu dem regelmäßigen Betriebe dieses Berufes oder Gewerbes gehören. Eines förmlichen Beschlußes d. h. einer *aus-*

drücklichen Bewilligung der Vormundschaftsbehörden bedarf es dießfalls keineswegs, wenn sich ergibt, daß die Behörden von der fraglichen Berufstreibung Kenntniß gehabt oder bei gehöriger Ausübung ihrer Funktion davon wissen mußten, dieses Vorgehen geduldet und dadurch stillschweigend gebilligt haben. Im vorliegenden Falle darf nun aber angesichts der in der Konkursverhandlung ausdrücklich zugestandenen Thatsachen, daß der Vertrag vom 15. Oktober 1887, der in Art. 13 ein definitives Miethverhältniß ab Maitag 1888 vorsieht und dessen wesentliche Grundlagen z. B. den Miethzins bereits festsetzt, den Vormundschaftsbehörden vorgelegen habe, unbedenklich davon ausgegangen werden, daß die Vormundschaftsbehörden genügende Veranlaßung gehabt haben, in eine Prüfung des betreffenden Geschäftes und in eine Würdigung der daraus für die Bevormundete sich ergebenden Vortheile und Gefahren einzutreten und daß, wenn sie dessenungeachtet keine Einwendungen erhoben und den Dingen stillschweigend über Maitag 1888 hinaus ihren Lauf ließen, die durch das Gesetz als Regel vorgeschriebene vormundschaftliche Genehmigung durch stillschweigenden Consens ersetzt wurde. Eventuell bedurfte es einer besondern Genehmigung des spätern Miethvertrages schon deßhalb nicht, weil die Zustimmung der Behörde zur selbständigen Betreibung einer Wirtschaft durch die Cridarin überhaupt auch die Haftpflicht derselben aus denjenigen Geschäften begründet, welche, wie die Miethe eines Locales, zum regelmäßigen Betriebe des fraglichen Gewerbes gehören.

Retentionsrecht des Vermiethers

an fremden (d. h. nicht im Eigenthum des Miethers) stehenden Sachen. Guter Glaube als Voraussetzung desselben. Verhältniß des Retentionsobjectes zum Miethraum. Gehört es zu dessen Einrichtung oder Benutzung?

In dem oben behandelten Fall siegten dagegen die Gebrüder Hug mit der Bestreitung des Retentionsrechtes an dem ihnen eigenthümlich gehörenden Klavier ob.

Gründe:

1. Der Einwand, daß das Klavier nicht zur Einrichtung oder Benutzung der vermietheten Räume gehöre, ist unbegründet. Denn mag man nun die Ausdrücke Einrichtung oder Benutzung einschränkend oder ausdehnend interpretiren, so ist angesichts der Bestimmung der fraglichen Lokalitäten nicht zu bestreiten, daß das streitige Pianino zu denjenigen Sachen zu zählen ist, welche zum bestimmungsgemäßen Gebrauch der Miethräume in dieselben eingebracht worden sind. Das Motiv der Jllation war die Ausübung der durch die Bestimmung des Lokals bedingten Benutzung desselben. Auf die längere oder kürzere Zeit des Befindens der Sache im Lokale kommt dabei überall nichts an.

2. Da es sich nun aber um eine Sache handelt, die nicht im Eigenthum der Mietherin, sondern in demjenigen einer dritten Person, der Firma Gebrüder Hug steht, so ist für den Erwerb des Retentionsrechtes im Ferneren nöthig, daß sich der Vermiether beim Einbringen des Klaviers im guten Glauben befunden habe d. h. der redlichen Ueberzeugung gewesen sei, daß das Klavier der Mietherin gehöre. Diese Voraussetzung kann nun aber nicht als gegeben betrachtet werden. Es liegt zwar allerdings nichts dafür vor, daß dem Ansprecher die Eigenthumsverhältnisse beim Einbringen des Streitobjektes *ausdrücklich* bekannt geworden seien, allein das ist auch nicht nöthig, sondern es genügt nach dem Absatz 2 des Art. 294 vollständig, wenn gesagt werden kann, daß Landry auch ohne besondere Eröffnung habe wissen müßen, daß das streitige Pianino nicht Eigenthum seiner Mietherin, sondern nur in deren Miethbesitz sei und das ist der Fall. Die Frage ist natürlich eine quaestio facti, allein sie darf, — wie bemerkt, — nach den vorliegenden Verhältnissen bejaht werden. Vor Allem aus ist nicht zu übersehen, daß das fragliche Pianino nicht etwa bei Beginn der Miethe mit den übrigen Jllaten der Mietherin, sondern auf einen ganz speziellen Anlaß zur Stelle geschafft wurde und sodann fällt wesentlich in Betracht, daß die Mietherin zur Zeit der Jllation nicht mehr in der Lage war, viel dringlichere Verpflichtungen zu

erfüllen, geschweige denn die Mittel besaß, die Kosten der durchaus nicht nothwendigen Anschaffung eines Klaviers zu Eigenthum zu bestreiten und daß diese oekonomische Situation seiner Mietherin dem Vermiether unzweifelhaft bekannt war.

Diese Auffassung entspricht auch unzweifelhaft der Tendenz des Gesetzes, welche wesentlich dahin geht, zu verhindern, daß der Miether, wenn der Vermiether sein Retentionsrecht ausüben will, einfach behaupte, die sich vorfindenden Gegenstände gehören nicht ihm, sondern seien, z. B. durch constitutum possessorium, einem Dritten abgetreten, ein Fall, der hier überall nicht vorliegt. Richtig ist allerdings, daß die Einsprecher sich durch eine direkte Anzeige an den Vermiether ihrerseits besser hätten schützen können, als durch die bloße Ueberbindung der Verpflichtung zur Anzeige an die Mietherin, ebenso richtig aber anderseits, daß gewiß der Ansprecher weder bei Eingehung noch bei Fortsetzung des Miethverhältnißes mit der Cridarin das fragliche Klavier als Retentionsobjekt betrachtet hat.

Retentionsrecht des Vermiethers

an den vom Miether (Spediteur) auf einem ihm zur Mitbenutzung überlassenen Hofraum untergebrachten Wagen (Art 294 O.-R.)

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 19. März 1889.
Escher Wyß & Co. gegen Fuog.

Der Spediteur Specht-Fuog in Zürich miethete im September 1884 von der Firma Escher Wyß & Cie. die für sein Speditionsgeschäft erforderlichen Bureaulocalitäten nebst einem Magazin. Daneben war ihm, wie das Gericht angenommen hat, auch die miethweise Mitbenutzung eines Hofraumes und zwar hauptsächlich zu dem Zwecke eingeräumt, daß er seine Wagen daselbst unterbringen und aufbewahren durfte. Specht benutzte auch den Hofraum unbestrittenermaßen immer in dieser Weise bis zum 1. Juli 1888. Auf diesen Zeitpunkt miethete er in Außersihl ein großes Magazin, zwei Keller, einen Stall und einen Hof. Am 28. Juni 1888 wurde vom Stadtammannamt Zürich bei ihm gepfändet und es sind bei diesem Anlaß auch die im Hofe von Escher Wyß und Co. untergebracht gewesenen Wagen als Pfänder eingeschrieben worden. In Folge Versilberungsbegehren des Pfandgläubigers fand am 3. August 1888 die Versteigerung der Pfänder, also auch der erwähnten Wagen statt. Da aber Escher Wyß zur Deckung ihrer laufenden Miethzinsforderung von 940 Franken an den Wagen des Pfandschuldners ein Retentionsrecht geltend gemacht hatten und demgemäß auch den entsprechenden Versilberungserlös beanspruchten, der Pfandgläubiger aber diesen Anspruch bestritt, so kam es zwischen der Vermietherin und ihm zum Prozeß über die Frage, ob der Anspruch der erstern auf den den versteigerten Wagen entsprechenden Erlös begründet sei oder nicht. Die Partheien gingen darin einig, daß der Entscheid lediglich davon abhängen soll, ob Escher Wyß und Co. am 3. August, als dem Versteigerungstage der Pfänder ein Retentionsrecht an den Wagen gehabt haben oder nicht. Der Pfandgläubiger bestritt das, weil die Wagen jedenfalls nur vorübergehend auf dem Hofraum gewesen seien und dieß zur Begründung eines Retentionsrechtes nicht genüge, die Wegnahme derselben am 1. Juli 1888 stattgefunden habe, indem sie damals nach Außersihl gezogen worden seien und weil nicht davon gesprochen werden könne, daß solche Wagen zur Einrichtung oder Benutzung eines gemietheten Hofraumes gehören. *Der Retentionsanspruch wurde geschützt.*

Gründe:

1. Die Wagen, an denen das Retentionsrecht angesprochen wird, müssen auch noch für die Zeit seiner Ausübung als auf dem Miethraum befindliche Gegenstände betrachtet werden. Es ist hier zu beachten, daß es sich um Gegenstände handelt, die ihrem Zwecke entsprechend nur einer zeitweisen Unterbringung und Aufbewahrung bedürfen, während einer andern Zeit dagegen, die man als die eigentliche Benutzungszeit derselben bezeichnen kann, sich außerhalb des Aufbe-

wahrungsortes befinden. Denn dieser Umstand muß der Natur der Sache nach zu dem Schlusse führen, daß solche Gegenstände erst mit dem Momente als vom Aufbewahrungsort fortgebracht betrachtet werden dürfen, in welchem sie mit der ausgesprochenen Bestimmung, dort zu bleiben, an einen Drittort verbracht worden sind, nicht aber schon dann, wenn sie nur zum Zwecke ihrer Benutzung zeitweise weggenommen werden und auch nicht schon dann, wenn sie nach der Benutzung einmal nicht sofort zurückgebracht, sondern zufällig an einem andern Orte stehen gelassen worden sind. Wendet man aber diese Ausführungen auf den vorliegenden Fall an, so kann nicht gesagt werden, daß die Wagen für die Zeit der Geltendmachung des Retentionsrechtes nicht mehr als auf dem Hofraum der Klägerin befindlich betrachtet werden dürfen. Allerdings hatte Specht schon auf den 1. Juli 1888 in Außersihl Räumlichkeiten gemiethet, in die vermuthlich mit dem Antritt auch seine Wagen gebracht werden sollten. Allein daß der Antritt dieser neuen Miethe zur Zeit der Geltendmachung des Retentionsrechtes (am 3. August) bereits stattgefunden habe, liegt nicht vor. Denn selbst der neue Vermiether sagt, Specht sei einige Wochen lang gar nicht eingezogen und Thatsache ist, daß am 3. August die Miethräumlichkeiten bei der Klägerin noch nicht geräumt waren. Ueberdem bezeugen 3 Personen, daß die Wagen ihren regelmäßigen Standort bis zum Ganttage im Hofraume der Klägerin gehabt haben und wenn daher der neue Vermiether sagt, daß dieselben schon vorher zu ihm gebracht worden seien, so kann es sich wohl hier nur um ein vorübergehendes zufälliges Abstellen derselben gehandelt haben.

3. Endlich liegt aber auch das weitere Erforderniß vor, daß es sich um Gegenstände handle, die zur Einrichtung oder Benutzung des Hofraumes gehören. Denn der letztere ist hier als Aufbewahrungsraum gemiethet worden und als zur Einrichtung und Benutzung eines solchen Raumes gehörend, müssen doch wohl diejenigen Gegenstände gezählt werden, um deren Willen die Miethe einzig abgeschlossen worden ist. Wollte man das nicht annehmen, so wäre das Retentionsrecht bei Vermiethung von Lagerräumen, Magazinen etc. gewöhnlich überhaupt illusorisch, weil zur Einrichtung und Benutzung solcher Miethräume im *engeren* Sinne gewöhnlich gar keine besondern Vorrichtungen nöthig sind. Die Praxis hat den Begriff: „Einrichtung und Benutzung“ bereits in dem weitern Sinne ausgelegt, daß alle Gegenstände als dazu gehörend betrachtet werden sollen, welche zum Nutzungscharakter eines Locals in naher und wesentlicher Beziehung stehen und das muß auch von den Wagen im Verhältniß zum Hofraum als Aufbewahrungsort derselben gesagt werden. (Siehe Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundescivilrechts Bd. II. No. 32. Bd. III. No. 89. 157 und Bd. VI. No. 19.) Damit ist aber auch gleichzeitig ausgesprochen, daß die in der Natur gewißer Gegenstände liegende Nothwendigkeit, dieselben zeitweise aus dem gemieteten Lagerraum herauszunehmen, dem Erwerb des Retentionsrechtes an sich nicht entgegenstehen kann. Dieser Umstand bedingt nur, daß der Verlust des Retentionsrechtes thatsächlich leichter möglich ist, weil die Gegenstände unter dem Vorwand sachentsprechender Benutzung leichter weggebracht werden können, beziehungsweise weil die Nothwendigkeit ihrer zeitweisen Benutzung außerhalb dem Miethraum die Möglichkeit des eigentlichen dauernden Wegbringens erleichtert.

Erbeinsetzung oder Vermächtniss?

Obergericht Zürich, Appellationskammer,
9. März 1889.

Am 3. März 1881 errichtete Heinrich Groß-Kippenhan in Zürich ein Testament, in welchem folgende zu Gunsten seiner Ehefrau lautende Bestimmungen enthalten sind:

1. Meine Frau hat mir 11,666 Fr. 67 in die Ehe gebracht, die sie in erster Linie aus dem Nachlaß herauszuverlangen das Recht hat.
2. Aus meinem Vermögensnachlasse fallen der Frau in erster Linie unsere hausräthlichen Gegenstände, Gold- und Silbersachen, die Fässer im Keller nebst dem

Wein und alles Bewegliche außer Geld und Werthschriften eigenthümlich zu.

3. Vom Reste erhält sie dann die eine Hälfte als Eigenthum und die andere zu voller und unbeschränkter Nutznießung, verbunden mit freiem Verwaltungsrechte.

Ohne Zustimmung meiner Frau darf meine Liegenschaft (Wohnhaus No. 202 zum rothen Schild an der Schwanengasse Zürich) nicht verkauft werden.

Am 26. März 1881 (also schon 23. Tage nach der Testamentserrichtung) starb der Testator. Er hinterließ als *gesetzliche* Erben die Kinder dreier verstorbener Geschwister. Am 25. April 1885 (also 4 Jahre nach dem Erbanfall) errichteten die gesetzlichen Erben (5 Geschwisterkinder des Erblassers) einen Schuldbrief zu Gunsten der Wittwe (damals in Folge Wiederverehelichung Frau Hirzel), in welchem sie bekennen, derselben in Folge Uebernahme ihrer Weibergutsforderung die Summe von 11,066 Fr. 67 schuldig geworden zu sein. In Folge eines Irrthums wurde die Summe nur auf 11,066 Fr. statt 11,*6*66 Fr. angegeben. Als Unterpfand ist verschrieben das Haus No. 202 zum rothen Schild an der Schwanengasse. Unmittelbar vor der Benennung des Unterpfandes enthält der Schuldbrief folgenden Passus:

„Der Creditorin des gegenwärtigen Briefes steht an der unten verpfändeten Liegenschaft das Recht der Nutznießung und Verwaltung zu und bleibt die Schuldsumme, so lange dieses Verhältniß dauert, unverzinslich und unaufkündbar stehen, ist dannzumal aber á 4 % zu verzinsen und auf eine beiden Theilen auf die gesetzlichen Termine freistehende halbjährige Aufkündung zu bezahlen.

Im Jahre 1888 entfernte sich einer der gesetzlichen Erben (Karl Groß), dessen Erbsquote $^1/_{12}$ betrug, unbekannt wohin, nachdem seitens einer Frau Butz eine Schadenersatzklage gegen ihn eingeleitet worden war. Diese Entfernung hatte die Auswirkung eines Arrestes auf seinen ideellen Eigenthumsantheil am Hause zum rothen Schild durch Sperrung der Notariatsprotokolle und nachdem inzwischen der Schadenersatzanspruch durch gerichtliches Urtheil im Betrage von 1675 Fr. gutgeheißen worden war, den Aufruf des Schuldners unter der Androhung zur Folge, daß sonst die Versteigerung des Arrestobjektes bewilligt würde. Da der Aufruf erfolglos blieb, so fand auch wirklich die angedrohte Versteigerung statt und zwar wurde, weil die Arrestgläubigerin den Eigenthumsantheil ihres Schuldners Groß am Wohnhause zum rothen Schild immer auf $^1/_6$ angegeben hatte, auch diese Quote und nicht bloß $^1/_{12}$ verkauft. Käuferin wurde Frau Butz selbst. Als sie sich nun aber den $^1/_6$ an der mehrerwähnten Liegenschaft zufertigen lassen wollte, opponirte Frau Hirzel-Kippenhahn (die Wittwe des Erblassers Groß-Kippenhahn), indem sie verlangte, daß der Beklagten das Eigenthumsrecht nur zu $^1/_{12}$ zugefertigt werde. Ihre Legitimation zu dieser Klage stützte sie auf die Behauptung, daß sie als Testaments*erbin* am Nachlaß ihres verstorbenen Mannes zur Hälfte Miteigenthümerin des Hauses zum rothen Schild geworden sei, was aber beklagterseits bestritten wurde.

Die Klage wurde wegen mangelnder Activlegitimation abgewiesen.

Gründe:

1. Die Klägerin hat vor Allem aus nachzuweisen, daß ihr selbst Eigenthum an der Liegenschaft zum rothen Schild zusteht, denn ohne dieß hat sie kein rechtliches Interresse an der Klage und ist dazu auch nicht legitimirt.

2. Aus dem *Notariatsprotokoll* ergibt sich für das Eigenthum der Klägerin nichts. Die Liegenschaft gehörte bis zu seinem im Jahre 1881 erfolgten Tode dem früheren Ehemann der Klägerin Heinrich Groß-Kippenhahn, welcher als Intestaterben die Kinder von 3 Geschwistern hinterließ. Gemäß § 532 lit. b. des alten privatr. Gesetzbuches ging mit seinem Tode das Eigenthum an der Liegenschaft ohne Weiteres auf diese Erben über. Daß der Nachlaß von den Intestaterben angetreten wurde, ergibt sich schon daraus, dass sie für die Weibergutsforderung der Klägerin eine Grundversicherung auf die streitige Liegenschaft errichteten. In dieser Handlung liegt eine Disposition über Nachlaßactiven und Nachlaßpassiven, welche die Eigenthumsverhältnisse an der Liegenschaft offenbart

und die Stelle eines Eigenthumsübergangsvormerkes, falls ein solcher nicht vorgenommen sein sollte, ersetzt. Die Klägerin erscheint hiebei nicht nur nicht als Eigenthümerin, sondern als auf der *ganzen* Liegenschaft grundversicherte Gläubigerin.

3. Die weitere Frage ist nun aber die, ob Klägerin nicht Anspruch auf einen Eigenthumsvormerk am Notariatsprotokoll zu ihren Gunsten habe und das ist der Fall, wenn sie als Erbin ihres verstorbenen Mannes betrachtet werden kann, denn dann ist sie wie die Geschwisterkinder des Erblassers und gestützt auf den nämlichen § 532 b des a. P.-G.-B. im Verhältniß ihrer Erbsquote durch Erbfolge Miteigenthümerin der Liegenschaften geworden. Auf das Intestaterbrecht kann die Klägerin einen erbrechtlichen Anspruch nicht stützen, da sie keiner der nach zürcherischem Recht zur Erbschaft berufenen Parentelen angehört, auch der Fall des § 1995 (jetzt 937) nicht in Frage kommt und die bloße Statutarberechtigung des überlebenden Ehegatten demselben die Qualität eines eigentlichen Erben nicht verleiht. Die Frage kann sich somit nur dahin stellen, ob die Klägerin Testamentserbin geworden sei und die Uebernahme der Erbschaft erklärt habe. Ein genügender Beweis ist aber auch dafür nicht erbracht. Der Art. 3 des Testaments lautet: „Vom Reste (nach Wegnahme aller Beweglichkeiten außer Geld und Wertschriften) erhält sie dann die eine Hälfte als Eigenthum und die andere zur vollen und unbeschränkten Nutznießung, verbunden mit freiem Verwaltungsrechte.“ Da das zürcherische Recht für die Form der Erbeinsetzung keine besondern Vorschriften aufstellt, so *kann* in diesem Wortlaute eine Erbeinsetzung enthalten sein; es ist dieß aber nicht *nothwendig* der Fall, vielmehr kann die Intention des Erblaßers ebensowohl nur auf ein Legat gerichtet gewesen sein. Dafür, daß dieß wirklich der Fall ist und auch sowohl die Klägerin wie die Intestaterben bis heute nur von dieser Auffassung ausgegangen sind, sprechen eine Reihe durchschlagender Momente. Vor Allem kommt in Betracht der Art. 4 des Testamentes, welcher lautet: Ohne Zustimmung meiner Frau darf meine Liegenschaft nicht verkauft werden.“ Hätte der Erblasser mit Art. 3 eine förmliche Erbeinsetzung erklären wollen, so wäre diese Bestimmung nicht nöthig gewesen, denn die Liegenschaft wäre dann ins Miteigenthum der Klägerin übergegangen und als Miteigenthümerin hätte sie einer Veräußerung stets entgegen- oder beitreten können. Der ganze Tennor des Testaments beweist, daß dem Testator die Bestimmungen der §§ 2033 und 2039 des privatr. G.-B. (alt) vorgeschwebt haben und daß er die Intestaterben auf den Pflichttheil beschränken wollte. Wenn er somit von der Hälfte der übrigen Verlassenschaft sprach, so that er dieß im Sinne der Bestimmungen über den Pflichttheil, (§ 2027 und f.) wo das Verfügungsrecht stets nach einer Quote der *reinen* Verlassenschaft bemessen wird. Die Klägerin selbst hat vortragen lassen, es habe sich bei der Testamentserrichtung einfach um eine Erweiterung ihrer gesetzlichen, durch § 1950 fixirten Statutaransprüche gehandelt, damit gibt sie aber selbst zu, daß dem Testator der Erbeinsetzungswille gemangelt habe, denn da die Statutarberechtigung des überlebenden Ehegatten überall keine eigentliche Erbeinsetzung enthält, so wird man im Zweifel auch davon ausgehen müssen, daß der Wille, diese Berechtigung quantitativ zu erweitern, nicht der Erbeinsetzungs-, sondern der Vermächtnißwille sei. Die Interpretation der letzwilligen Verfügung seitens der Betheiligten, der Klägerin und der Intestaterben ergibt sich sodann hauptsächlich aus der anno 1885 erfolgten Schuldbrieferrichtung. Hier übernahmen die gesetzlichen Erben die *gesammte* Weibergutsforderung zur Bezahlung und darin liegt wohl die deutlichste Erklärung, daß man die Wittwe nicht als Miterbin betrachte, denn hätte man das gethan, so würden die übrigen Erben nur die Hälfte des Weibergutes übernommen haben und hätte man bezüglich der zweiten Hälfte die Klägerin auf sich selbst angewiesen beziehungsweise die Hälfte ihres Anspruches als durch Confusion untergegangen erklärt. Dadurch, daß die gesetzlichen Erben das ganze Haus zum rothen Schild der Klägerin als Pfand verschrieben, erklärte man am Notariatsprotokoll, daß sie *ausschliessliche* Eigenthümer desselben seien bezw.

man behandelte sie am Notariatsprotokoll als solche und bestätigte dieß noch besonders dadurch, daß man protokolliren ließ, es stehe der Klägerin die Nutznießung und zwar nicht bloß an einem ideelen Antheil, sondern wiederum am ganzen Haus zu. Daß auch dieses Vorgehen mit der Auffassung, es sei Klägerin zur Hälfte Miterbin und als solche zur Hälfte Eigenthümerin aller Nachlaßactiven geworden im direkten Widerspruch steht, liegt auf der Hand. Es wird nun freilich behauptet, daß alle in diesen Vorgängen enthaltenen Erklärungen auf Simulation beruhen, weil die Weibergutsversicherung nicht ernstlich gemeint, sondern nur zu dem Zwecke vorgenommen worden sei, um einen Schuldbrief zu erhalten, durch dessen Verwerthung die Beschaffung von Geld möglich gewesen sei. Allein für die Richtigkeit dieser bestrittenen Behauptung mangelt es an jedem Beweis und ist dieselbe auch gar nicht wahrscheinlich. Wenn Klägerin ihre ideelle Hälfte am Haus verpfändet und sich für die Hälfte ihres Weibergutes auf den Miteigenthumsantheil der übrigen Erben hätte versichern lassen, so wäre das nöthige Geld wohl auch erhältlich gewesen. Zwischen der Klägerin und den gesetzlichen Erben hat wohl auch schon längst eine Auseinandersetzung ihrer Ansprüche am Nachlaß des gemeinsamen Erblassers stattgefunden und nun hätte es der Klägerin kaum schwer fallen können, zu zeigen, daß sie dabei als Miterbin behandelt worden sei, wenn dieß wirklich geschehen wäre. Daß sie das gar nicht versucht hat, ist somit wieder ein Jndicium dafür, daß man sie überhaupt nicht als Miterbin betrachtete. Wenn sie die Kapitalzinse der Liegenschaft bezahlte und die Hauszinse bezog, so erklärt sich das schon aus ihrer Nutznießung und dem Verwaltungsrechte am Nachlaß.

4. Kann die Klägerin hienach auch nicht als Testamentserbin betrachtet werden, so fehlt ihr jeder Eigenthumserwerbstitel bezüglich des fraglichen Hauses und damit auch die Aktivlegitimation zur gegenwärtigen Klage, weßhalb dieselbe abgewiesen werden muß.

Vertragsschliessung durch Stellvertretung.

Haft des Vertreters.

Es gibt gegen den letztern keine Erfüllungsklage, sondern nur die alternative Klage, daß er entweder für das Zustandekommen des Vertrages sorge oder Ersatz des durch das Nichtzustandekommen verursachten Schadens leiste (Art. 48 des O.-R.)

Kassationsgericht Zürich,
25. Februar 1889,
Guggenheim & Weil ca. Guyer.

Der in Egg verstorbene Landwirth Heinrich Guyer hinterließ neben seiner Wittwe Emilie Guyer als gesetzliche Erben zwei Geschwister, den Bruder Jakob Guyer und die Schwester Elisabetha Walder geb. Guyer. Am 19. Juni 1888 schlossen die Wittwe Guyer und der Bruder Jakob Guyer mit Bezug auf das im Nachlaß vorhandene Heimwesen nebst Fahrhabe mit den Liegenschaftenhändlern Berthold Guggenheim und Simon Weil einen Kaufvertrag ab, dessen Eingang dahin lautet: „Erstere (Wittwe Guyer und Jakob Guyer) verkaufen für sich *und für die Schwester Elisabetha Walder* als gemeinschaftliche Erben des Heinrich Guyer das ganze Heimwesen, das dem Letztern in der Notariatskanzlei zugestanden hat etc.“ Als Verkäufer haben nur unterzeichnet Wittwe Guyer und Jacob Guyer. Nachträglich verweigerten diese beiden ihre Mitwirkung bei der Fertigung und sie wurden deßhalb mit der Streitfrage ins Recht gefaßt, ob sie nicht verpflichtet seien, den Klägern die verkauften Liegenschaften zu Eigenthum zuzufertigen und die mitverkaufte Fahrhabe zu übergeben. Vor Gericht stellten dieselben das weitere eventuelle Begehren, daß ihnen die Beklagten ihre ideellen Theile von den verkauften Liegenschaften zufertigen und ihnen das an der verkauften Fahrhabe zustehende Miteigenthum übertragen. Die Beklagten behaupteten, der Verkauf sei nicht zu Stande gekommen, weil die Verbindlichkeit des Vertrages an die nicht erfüllte Bedingung geknüpft gewesen sei, daß Frau Walder den Vertrag genehmige.

Die Klage wurde von beiden Instanzen ab-

gewiesen (siehe das obergerichtliche Urtheil in Bd. VII, Seite 373 u. folg. dieser Blätter). *Gegen das zweitinstanzliche Urtheil erhoben Kläger die Nichtigkeitsbeschwerde, unterlagen aber auch hier.*

Gründe:

1. Das eventuelle Begehren, daß Beklagte zur Uebertragung der ihnen an den Kaufsobjekten zustehenden Miteigenthumsquoten angehalten werden, wird nach Inhalt der Nichtigkeitsbeschwerde nicht mehr gestellt und wäre übrigens jedenfalls nur gegenüber dem Jakob Guyer zu erörtern gewesen, da die der Wittwe Guyer zukommende Statutarportion ihr weder Miteigenthum an den von ihrem Manne hinterlassenen Liegenschaften, noch Miteigenthum an der zur Bewerbung der Liegenschaften dienenden Fahrhabe gewährt.

2. Das Hauptbegehren, daß die Beklagten Jakob Guyer und Wittwe Guyer angehalten werden, den Klägern das Eigenthum an den verkauften Liegenschaften und Fahrhaben zu übertragen, ist vom Vorderrichter mit Recht abgewiesen worden.

3. Der Kaufvertrag legt den Beklagten mit Rücksicht auf die der Frau Walder zustehende Miteigenthumsquote keine besondern Verpflichtungen auf. Angenommen daher, Beklagte haben den von den Klägern verfaßten Vertrag nicht so verstehen dürfen, daß derselbe so lange nicht in Kraft trete, als die Schwester, für welche der Bruder als Geschäftsbesorger handle, ihn nicht unterzeichne, sondern der Wortlaut des Vertrages zwinge zu der Annahme, daß Beklagte sich als Stellvertreter der Frau Walder ausgegeben haben, so treten für die Beklagten nur diejenigen gesetzlichen Rechtsfolgen ein, welche sich daran knüpfen, daß sie nicht nachweisen, sie seien von Frau Walder bevollmächtigt gewesen, für sie den Kauf abzuschließen oder es habe dieselbe nachträglich den Kauf, soweit er in ihrem Namen abgeschlossen war, genehmigt.

4. Nun liegt allerdings darin, daß sich Jemand als Stellvertreter eines Dritten ausgibt, eine stillschweigende Gewähr dafür, daß dieser Dritte den Abschluß eines Geschäftes in seinem Namen genehmige (Schneider, Commentar zum Obligationenrecht, Ziff. 5 zu Art. 48). Aber diese Gewähr besteht nach Art. 48 lediglich in der Verpflichtung zum Ersatz des den Klägern aus der Nichtgenehmigung des Geschäftes erwachsenden Schadens, nicht in der Verpflichtung, gegen den Dritten einen Prozeß zu führen, oder sonst das Mögliche zu thun, um ihn zum Beitritte zum Geschäfte zu bewegen.

5. Den Klägern steht also, nachdem sie darauf verzichtet haben, lediglich den Jacob Guyer auf Uebertragung des ihm an den Kaufsobjekten zustehenden Miteigenthums anzuhalten, bloß die alternative Klage gegen Jakob Guyer und Wittwe Guyer zu, daß sie entweder (wenn sie es wollen oder können) dafür sorgen, daß das ganze Kaufsgeschäft zu Stande komme oder ihnen den durch das Nichtzustandekommen des Geschäftes entstandenen Schaden ersetzen und der Erfolg der Klage wird davon abhängen, ob der Richter findet, die Beklagten haben sich nach dem Wortlaut des Kaufvertrages als Stellvertreter der Frau Walder ausgegeben und es habe nicht die Meinung gehabt, es solle das Geschäft erst gelten, wenn Frau Walder den Vertrag unterzeichne. Was die Kläger von der Zuläßigkeit einer Feststellungsklage vorbringen, ist unhaltbar. Es handelte sich um Feststellung des Klagegrundes für eine alternative Klage und Widerlegung der erhobenen Einreden, aber nicht um eine sogenannte Feststellungsklage.

Vaterschaft.

Der § 527 des Rechtspflegegesetzes enthält keine Modifikation der materiell rechtlichen Bestimmung des § 293 (neu 702) des P. G.-B. Die Bedeutung des Zeugnisses der Vaterschaftsklägerin überhaupt. Verschiedenheit zwischen diesem Zeugniß und dem frühern Ergänzungseid.

Kassationsgericht Zürich, 25. Februar 1889, Bosshardt ca. Bollier.

Eine Vaterschaftsklägerin hatte als Conceptionszeitpunkt den 27. Juli 1887 bezeichnet,

Die Geburt erfolgte in der Nacht vom 27. auf den 28. Mai 1888, also 305 Tage oder 43 Wochen und 4 Tage nach dem angegebenen Conceptionszeitpunkt. Da aber der Gerichtsarzt erklärte, daß eine Spätgeburt vorliege, so wurde dem auf den § 293 (neu 702) des P. G.-B. gegründeten Antrag des Beklagten auf sofortige Klagabweisung dennoch keine Folge gegeben, sondern die Klägerin zum Zeugnisse zugelassen und zwar wurde ihr dieses dahin abgenommen, daß sie vom 27. Juli, also vom 305. Tage vor ihrer Niederkunft bis zum 28. November gl. Js., dem 180. Tage vor der Niederkunft mit keinem Andern Umgang gehabt habe als mit dem Beklagten. Da der § 527 des Rechtspflegegesetzes nur davon spricht, die Klägerin könne auch als Zeuge darüber einvernommen werden, daß sie vom *300.* bis 180. Tage vor der Niederkunft einzig und allein mit dem Beklagten geschlechtlichen Umgang gehabt habe, so glaubte letzterer das ihn condemnirende Urtheil mit der Nichtigkeitsbeschwerde anfechten zu können, *er wurde aber abgewiesen.*

Gründe:

1. Der Beschwerdesteller will daraus einen Nichtigkeitsgrund herleiten, daß die Appellationskammer die Klägerin veranlaßt hat, bei ihrer persönlichen Einvernahme zu erklären, sie habe vom 27. Juli 1887, also vom 305. Tage vor ihrer Niederkunft bis zum 28. November gl. Js. mit keinem Andern Umgang gehabt als mit dem Beklagten. Allein es ist zu beachten, daß das sogenannte Zeugniß, zu dessen Ablegung in eigener Sache eine Vaterschaftsklägerin nach den §§ 527 und 528 des Rechtspflegegesetzes unter gewissen Voraussetzungen zuzulassen ist, einen ganz andern Charakter hat als der früher übliche Ergänzungseid. Nach § 74 des Gesetzes über das Gerichtswesen vom Jahre 1831 wie auch noch nach § 350 der Civilprozeßordnung vom Jahre 1866 genügte es für Zulassung der Klägerin zum Eide, daß Wahrscheinlichkeit dafür vorhanden war, daß der Beklagte mit der Klägerin verdächtigen Umgang gehabt habe und daß nichts gegen die Glaubwürdigkeit der Klägerin vorlag. Was durch das vorherige Beweisverfahren bloß wahrscheinlich gemacht war, das sollte durch Ergänzung des Beweises vermittelst des Eides, der darum auch Ergänzungseid genannt war, zur formellen Gewißheit erhoben werden. Und zwar bezog sich diese Ergänzung in den Fällen, wo der Geschlechtsumgang für die kritische Zeit weder zugegeben noch direkt bewiesen war, gerade auch positiv auf diese Thatsache des Umgangs des Beklagten mit der Klägerin. Anders nach § 528 des jetzt geltenden Rechtspflegegesetzes. Nach Ziff. 1 von § 528 darf die Einvernahme der Klägerin einzig dann stattfinden, wenn das vorher durchgeführte Beweisverfahren es bereits zur Ueberzeugung des Richters gebracht hat, daß der Beklagte um die Zeit der Schwängerung geschlechtlichen Umgang mit der Klägerin gehabt hat. Die nach § 527 von der Klägerin abzugebende Erklärung, daß sie vom 300. bis zum 180. Tage vor der Niederkunft einzig und allein mit dem Beklagten geschlechtlichen Umgang gehabt habe, hat demgemäss gar keine Bedeutung für das positive Beweisthema, daß der Beklagte mit der Klägerin in der kritischen Zeit Umgang gehabt habe, da ja dieser Satz von dem Richter schon vorher als erwiesen betrachtet werden muß, ehe er die Klägerin zum Zeugniss zuläßt, sondern einzig für den negativen Satz, daß in der fraglichen Zeit kein Anderer mit der Klägerin geschlechtlichen Umgang gehabt habe, was ja, damit der Beklagte mit Sicherheit als Vater erklärt werden könne, auch feststehen muß. Sobald aber dieses Zeugniss der Klägerin so aufgefasst wird, leuchtet ein, dass der Beklagte gar keinen Grund hat, sich darüber zu beschweren, dass die Klägerin angehalten worden ist, zu erklären, sie habe vom 305ten Tage bis zum 180ten Tage vor der Niederkunft mit keinem Andern als dem Beklagten Umgang gehabt; denn diese Aussage faßt ja die gesetzlich verlangte Erklärung, daß dieses vom 300ten bis zum 180ten Tage der Fall gewesen sei, in sich und enthält nur noch etwas darüber hinaus.

2. In der Nichtigkeitsbeschwerde wird freilich behauptet, durch § 527 des Rechtspflegegesetzes sei, wenn schon diese Bestimmung zunächst als eine prozeßuale erscheine, doch zugleich eine Abänderung des materiel-

len Rechts, nämlich eine Einschränkung des in § 293 des frühern privatratrechtlichen Gesetzbuches enthaltenen Satzes herbeigeführt worden in dem Sinne, daß während früher zwar für Fälle normaler Geburten eine Schwangerschaftsdauer von 37 bis 42 Wochen festgesetzt gewesen, für Fälle abnorm früher oder später Niederkunft aber Ausnahmen *ohne eine positive Grenze* zugelassen worden seien, nunmehr diese Ausnahmsfälle so reguliert worden seien, daß als längste zu berücksichtigende Schwangerschaftsdauer der Zeitraum von 300 Tagen positiv festgesetzt worden sei. Der Nichtigkeitskläger, wenn schon er sich nur über die Form der der Klägerin abgenommenen Erklärung beschwert, beabsichtigt also im Grunde, sich darüber zu beschweren, daß die Appellationskammer überhaupt in einem Falle, wo zwischen dem behaupteten Tage der Conception und der Niederkunft 305 Tage liegen, die Vaterschaftsklage gutgeheißen habe, statt sie schon wegen der Differenz zwischen diesem Zeitpunkt und der in § 527 aufgestellten Frist abzuweisen. Allein angenommen, der Gesetzgeber hätte wirklich beabsichtigt, durch § 527 des Rechtspflegegesetzes eine Aenderung des materiellen, im privatr. Gesetzbuch enthaltenen Rechts vorzunehmen, so hätte er diese Absicht keinenfalls klar ausgedrückt und es kann daher nicht gesagt werden, daß, wie Zif. 9 des § 704 des Rechtspflegesetzes verlangt, der angefochtene Entscheid mit einer *klaren* Gesetzesbestimmung in offenbarem Widerspruch stehe. Schon die Thatsache übrigens, daß in den Uebergangsbestimmungen zum Rechtspflegegesetz von einer Abänderung des § 293 des P.-G.-B. keine Rede ist, während nicht unterlassen wurde, die mit Bezug auf die §§ 287, 288 und 290 des nämlichen Abschnittes eintretenden Modifikationen zu erwähnen, spricht gegen die Annahme, daß der Gesetzgeber eine Abänderung des materiellen Rechtes in dem behaupteten Sinne beabsichtigt habe. Es läßt sich denken, daß man, wie die Appellationskammer in ihrer Erwiderung auf die Nichtigkeitsbeschwerde ausführt, im Interesse der Moral glaubte verlangen zu sollen, daß eine Vaterschaftsklägerin nicht bloß während der Frist, in welche die Conception falle, sondern auch einige Zeit vorher und nachher mit keinem Andern als dem Beklagten Umgang gehabt habe. Möglich ist auch, daß man durch eine Ausdehnung der Frist, auf welche sich die Erklärung der Klägerin, mit keinem Andern Umgang gehabt zu haben, beziehen sollte, den Beklagten größere Garantie gegen das Obsiegen unrichtiger Vaterschaftsklagen zu geben beabsichtigte. Wie dem auch sei, so ist der Richter, auch wenn er finden sollte, die Aufstellung der in § 527 leg. cit. enthaltenen Regel hätte consequenterweise auch zu einer Aenderung von § 293 des P.-G.-B. führen sollen, doch nicht berechtigt, eine solche Aenderung als eingetreten anzunehmen, so lange nicht die hierauf gerichtete Absicht des Gesetzgebers feststeht. Dieses ist nun aber nicht bloß nicht der Fall, sondern die Thatsache, daß der Inhalt des frühern § 293 unverändert in das neue privatr. Gesetzbuch als § 702 aufgenommen worden ist, spricht dafür, daß eine solche Aenderung vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt war.

Schädigung durch „Vertragsschliessung" seitens eines Unzurechnungsfähigen.

Ersatzanspruch auf Grund von Art. 58 des O.-R. Abweisung.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 2. April 1889.

Die Verkäufer einer Liegenschaft belangten den Käufer auf Haltung des Kaufes oder Schadenersatzleistung aus schuldhafter Nichterfüllung, wurden aber erstinstanzlich abgewiesen, weil der Beklagte in so hohem Maße schwachsinnig sei, daß von einem *bewussten* Willen desselben nicht mehr gesprochen werden könne, daraus aber seine Vertragsunfähigkeit (Art. 4 des Gesetzes betr. die persönliche Handlungsfähigkeit und Art. 31 d. O.-R.) und aus dieser die Rechtsunverbindlichkeit des der Klage zu Grunde liegenden Rechtsgeschäftes für den Beklagten folge.

Die Kläger fochten diesen Standpunkt zweitinstanzlich an, begnügten sich aber damit

nicht, sondern beriefen sich eventuell bezüglich ihrer Schadenersatzansprüche auf den Art. 58 des O.-R., welcher lautet: „Aus Rücksichten der Billigkeit *kann* der Richter *ausnahmsweise* auch eine nicht zurechnungsfähige Person, welche einen Schaden verursacht hat, zu theilweisem oder vollständigem Ersatze verurtheilen.“ Die Klage wurde aber auch zweitinstanzlich abgewiesen *und zwar mit Bezug auf den neuen, eventuellen Standpunkt*

aus folgenden Gründen:

1. Der Vertreter der Kläger wirft die Frage auf, ob nicht den Klägern eine Entschädigung auf Grund des Art. 58 des O.-R. gebühre, falls der Beklagte als vertragsunfähig betrachtet werden müsse und mithin die beiden im Streite liegenden Verträge ungültig seien. Diese Frage muß allerdings geprüft werden.

2. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß den Klägern durch den Beklagten ein gewisser Schaden entstanden ist. Ebenso liegt die weitere Voraussetzung des Art. 58 vor, daß die Schadenszufügung eine außerkontraktliche ist, denn die Schadensursache liegt ja gerade darin, daß die zwischen den Parteien abgeschlossenen Verträge ungültig sind, mit andern Worten, der Beklagte hat die Kläger dadurch geschädigt, daß er als vertragsunfähig mit denselben Verträge abschloß, die Verträge also in Wirklichkeit gar nicht zu Stande kamen.

3. Dagegen ist die Schadenersatzforderung deßhalb unbegründet, weil die Kläger selbst ein erhebliches Verschulden trifft (Art. 51 des O.-R.). Der Vertragsabschluß ist auf ihrer Seite zum Mindesten eine grobe Fahrläßigkeit. Will man auch nicht so weit gehen, und in dem Vorgehen der Kläger eine wucherhafte Ausbeutung der Verstandesschwäche des Beklagten erblicken, also das Bewußtsein der Vertragsunfähigkeit bei den Klägern als vorhanden annehmen, so muß doch gewiß gesagt werden, daß es ihre Pflicht gewesen wäre, vor Abschluß der Verträge, die ihnen bedeutende Vortheile sichern sollten, sich über den Geisteszustand des Beklagten näher zu erkundigen. Die erhebliche geistige Beschränktheit desselben *musste* ihnen bei dem gepflogenen Verkehre auffallen.

4. Bei dieser Sachlage ist nicht nur kein Schadenersatz zu sprechen, sondern den Klägern auch eine angemessene Prozeßentschägung an den Beklagten aufzulegen.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. Mai 1889. VIII. Band. № 9.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter“ erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die „Amerikanische Schweizer-Zeitung“, 18 Ann Str., New-York.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Kassationsgericht Zürich,
10. April 1889.

Walker ca. Bernhardt.

Kauf

von Inhaberobligationen. Nachwährschaftsklage des Käufers, weil die Obligationen als gestohlene Papiere schon beim Kaufsabschluß mit Beschlag belegt gewesen seien. Begründung des Nachwährschaftsanspruches sowohl vom Gesichtspunkte der Gewährleistung des Verkäufers für thatsächliche Mängel der Kaufsache (Art. 243 u. f.) als vom Gesichtspunkte der Gewährleistung desselben für das veräußerte Recht aus (Art. 229 u. 235 O.-R.)

Der Bankier Emil Walker in Zürich, welcher am 1. Oktober 1887 von dem Bankier Alois Bernhardt daselbst zwei von der Gesellschaft des Panamakanals, die ihren Sitz in Paris hat, ausgestellte Schuldscheine auf den Inhaber gekauft hat, stellte beim Handelsgericht die Wandelungsklage, weil dieselben auf Behauptung des Kellners Joseph Rey in Paris, daß sie wider seinen Willen aus seinem Besitze gekommen seien, gemäß dem französischen Gesetze vom 15. Juni 1872 betreffend die Inhaberpapiere mit Beschlag belegt worden waren, demnach vom zuständigen Gerichte dem Schuldner Zahlung von Kapital und Zinsen einstweilen untersagt und schon vor dem 1. Oktober 1887 die Einsprache gegen Zahlungen an den Inhaber in dem gemäß Dekret vom 10. April 1873 erscheinenden Verzeichniß der mit Beschlag belegten Inhaberpapiere bekannt gemacht worden war. Der Beklagte Bernhardt hatte die beiden Schuldscheine von Martha Hertlein geb. Farsch von Edelfingen, Württemberg gekauft und es ist diese Person wegen des Verdachtes, daß sie dieselben nebst andern Werthpapieren dem Joseph Rey gestohlen habe, von den zürcherischen Behörden den französischen ausgeliefert worden. Zur Begründung der Klage hatte Kläger angeführt:

Die Wandelungsklage sei sowohl nach den gesetzlichen Bestimmungen über Gewährleistung des veräußerten Rechts als nach denjenigen über Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache begründet. Durch die Beschlagnahme und deren Bekanntmachung verlieren die Schuldscheine die Eigenschaft währhafter Waare im Handel; sie können nicht, was die Partheien beim Kaufgeschäfte vor-

ausgesetzt haben, zum Kurswerthe sofort wieder verkauft und die verfallenden Zinsen und das verfallende Kapital nicht bezogen werden. Er biete Beweis dafür an, namentlich auch durch Einziehung eines Gutachtens der Börsenagenten von Paris, daß, wenn Schuldscheine auf den Inhaber nach Maßgabe des französischen Gesetzes vom Jahre 1872 mit Beschlag belegt seien, dieselben überall als mit einem Hauptgewährsmangel behaftet angesehen werden, als unverkäuflich und als nicht empfangbar gelten. Uebrigens biete er den Beweis an, daß die beiden Schuldscheine dem Rey gestohlen worden seien und begehre deßhalb Einziehung der Akten der gegen die Hertlein wegen ausgezeichneten Diebstahls geführten Strafuntersuchung und des Strafurtheils.

In Folge eines bezüglichen, auf diplomatischem Wege vermittelten Gesuchschreibens des Handelsgerichtes berichtete das französische Ministerium des Aeußern an die schweizerische Gesantschaft in Paris, daß die Hertlein am 28. August 1888 vom Schwurgerichtshofe der Seine wegen ausgezeichneten Diebstahls zu zwei Jahren Gefängniß verurteilt worden sei, daß aber laut Mittheilung des Staatsanwalts die beiden streitigen Schuldscheine sich nicht unter den Sachen befinden, mit Bezug auf welche die Verurteilung der Hertlein erfolgt sei.

Das Handelsgericht wies die Klage mit Urtheil vom 30. November 1888 ab. In der Urtheilsbegründung wird gesagt: ‹Von einem thatsächlichen Mangel könne nicht gesprochen werden und Gewähr für Störung im Besitze und Genuße des veräußerten Rechtes sei nur zu gewähren, wenn die Störung aus Gründen erfolgt sei, die zur Zeit des Kaufsgeschäftes *zu Recht* bestanden haben, während die Behauptung des Rey, die beiden streitigen Schuldscheine seien ihm gestohlen worden, durch das gegen die Hertlein erlassene Strafurteil nicht festgestellt worden sei. Daß beim Kaufsabschlusse stillschweigend vereinbart worden sei, es solle der Käufer, wenn sich später zeige, daß die Schuldscheine mit Beschlag belegt worden seien, das Recht haben, den Kaufpreis zurückzuverlangen, sei nicht behauptet worden. Es sei nicht behauptet worden, Rey habe die Schuldscheine verloren, sondern sie seien ihm gestohlen worden; nun sei die Hertlein nicht wegen angeblichen Diebstahls der beiden Schuldscheine verurtheilt worden. Dem Beweisanerbieten des Klägers, daß die Hertlein, wenn auch nicht deßhalb verurtheilt, die Schuldscheine doch gestohlen habe und dem Begehren, daß die Akten der Strafuntersuchung eingezogen werden, stehe entgegen, daß der Kläger als beweispflichtige Partei diejenigen thatsächlichen Behauptungen hätte bezeichnen sollen, durch deren Vorhandensein der Richter zur Ueberzeugung von der Schuld der Hertlein oder von der Entwendung durch eine andere Person gebracht werden könnte; dieß sei nicht geschehen, während Kläger durch Erkundigung bei Rey sich die Kenntniß derjenigen thatsächlichen Verhältnisse hätte verschaffen sollen, auf deren Grund der Richter im Civilprozeß trotz des freisprechenden Straferkenntnisses des französischen Gerichtes weitere Erhebungen hätte machen und sich sein Urtheil hätte bilden können, (siehe Band VIII dieser Blätter S. 33 u. folg.)

Dieses Urtheil focht der Kläger mit der Nichtigkeitsbeschwerde an, indem er geltend machte:

1. In dem in der Urtheilsbegründung enthaltenen Satze, eine stillschweigende Vereinbarung, daß der Kauf aufgehoben sein solle, wenn sich zeige, daß die Papiere mit Beschlag belegt seien, sei nicht behauptet worden, liege eine aktenwidrige Annahme und folgerichtig in der Ablehnung des Eintretens auf das Beweisanerbieten Verweigerung rechtlichen Gehörs. Denn er habe ja behauptet und zum Beweise verstellt, daß im Verkehr zwischen Inhabern von Bank- und Wechselgeschäften der vorausgesetzte Gebrauch von Schuldscheinen auf den Inhaber derjenige der Wiederveräußerung sei, sodaß jeder ordentliche Geschäftsmann bei uns und überall Papiere, die mit Beschlag belegt seien, als unwährhafte, nicht marktgängige, mit einem die Wandelungsklage begründenden Mangel behaftete Waare zurückweise, wobei gleichgültig sei, ob der die Kursfähigkeit und den vollen Genuß des Kaufsobjektes beeinträchtigende Mangel als thatsächlicher oder als rechtlicher angesehen werde.

2. Der angefochtene Entscheid verstoße gegen klares Recht, nämlich gegen die Bestimmungen der Art. 229, 235 und 243 des O.-R., und

3. Es liege Verweigerung rechtlichen Gehörs in der Abweisung seines Begehrens, daß die Akten der in Paris gegen die Hertlein geführten Strafuntersuchung eingezogen werden, indem er nur mit diesen Akten den Beweis führen könne, daß die streitigen zwei Schuldscheine, wenn auch das Strafurtheil die Hertlein nicht der Entwendung derselben schuldig erkläre, dem Rey gestohlen oder Rey sonst wider Willen um deren Besitz gebracht worden sei.

Die Nichtigkeitsbeschwerde wurde, — entgegen einem Antrage, wegen Nicheinziehung der Akten der Strafuntersuchung, Verweigerung rechtlichen Gehörs anzunehmen, — abgewiesen.

Gründe:

1. Vorerst ist der behauptete Widerspruch mit klarem Rechte nicht vorhanden. Von einem Widerspruch mit Art. 243 des O.-R. kann keine Rede sein, weil der Gegenstand des Kaufes nicht eine Sache, sondern ein Forderungsrecht war. Unter einem Mangel der Kaufsache ist die fehlerhafte Beschaffenheit einer körperlichen Sache zu verstehen. Wenn man aber auch ungenauer Weise (das deutsche Handelsgesetzbuch thut das nicht, wie behauptet worden ist, sondern unterscheidet in Art. 271 zwischen Waaren und andern beweglichen Sachen einerseits und Werthpapieren anderseits) deßhalb, weil auf den Verkehr mit Forderungsrechten, die nur vom Besitzer einer Urkunde geltend gemacht werden können, gewisse Regeln des Sachenrechts angewendet werden, die an Inhaberpapiere geknüpften Forderungsrechte als Sachen bezeichnen wollte, so könnte man allfällig von einem Mangel der Kaufsache sprechen, wenn der Schuldner nicht zahlungsfähig wäre, aber nicht von einem Mangel, wenn die Forderung (die sogenannte Sache) gar nicht besteht oder wenn sie mit Beschlag belegt ist. Es ist ein Denkfehler, wenn man sagt, ein mit Beschlag belegtes Inhaberpapier sei nicht marktgängig, gerade wie es ein Denkfehler wäre, wenn man von einer wirklich oder vermeintlich gestohlenen und daher mit Beschlag belegten *körperlichen* Sache z. B. einem Juwel sagen würde, sie sei nicht marktgängig. Der Umstand, daß eine Sache oder eine Forderung wegen rechtlicher Anstände nicht verkäuflich ist oder nicht gebraucht, von der Forderung nicht Zins bezogen werden kann, wird unrichtigerweise als Mangel des Kaufsgegenstandes bezeichnet. Es ist deßhalb auch ein ungenauer Ausdruck, der auch vom Gesetze vermieden wird, wenn man von rechtlichen Mängeln des Kaufgegenstandes im Gegensatze zu thatsächlichen spricht. So weit demnach die Thatsache, daß die an ein Inhaberpapier geknüpften Forderungsrechte mit Beschlag belegt sind, als dem Kaufgegenstande anhängender Mangel bezeichnet wird, kann den Ausführungen, die in dem vom Beschwerdesteller angeführten Urtheile des Reichsoberhandelsgerichts und auch in Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts II, § 143 enthalten sind, nicht beigepflichtet werden.

2. Ferner liegt nicht Widerspruch mit den Bestimmungen der Art. 229 und 235 des Obligationenrechtes darin, daß der Vorderrichter findet, der Verkäufer, der zur Zeit des Kaufsgeschäftes von der Beschlagnahme des verkauften Inhaberpapiers nichts gewußt hat, — hätte er davon gewußt, so würde er allerdings aus Arglist für entstehenden Schaden haften, — habe für die dem Käufer durch die Beschlagnahme entstehende Einbuße nicht aufzukommen, wenn die Beschlagnahme sich als unbegründet erweise. Art. 229 legt allerdings dem Verkäufer die Verpflichtung auf, dem Käufer den Kaufgegenstand zu vollem Rechte und Genusse zu übergeben und, wenn der Kaufgegenstand in einer an ein Inhaberpapier geknüpften Forderung besteht, so wird der Genuß des Käufers durch eine Beschlagnahme, wenn sie auch später als unbegründet sich erweist, beeinträchtigt dadurch, daß er einstweilen weder Kapital noch Zinsen beziehen, noch die Forderung zum Kurswerthe verkaufen kann. Allein die aus der Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer den Kaufgegenstand zu vollem Rechte und Genuße zu übergeben, entspringende Gewähr ist nach

Art. 235 Gewähr dafür, daß nicht ein Dritter aus Rechtsgründen, welche schon zur Zeit des Verkaufes bestanden haben, den Kaufgegenstand dem Käufer ganz oder theilweise entziehe und nun widerspricht es wenigstens nicht dem klaren Wortlaute des Gesetzes, wenn der Vorderrichter unter bestehenden Rechtsgründen nur im Rechte begründete Ansprüche, nicht aber rechtlich erhobene Anstände versteht, zumal ja auch die dem Verkäufer auf den Fall des Auftretens eines Dritten und auf den Fall, daß dieser obsiege, nach Art. 238 u. f. obliegenden Verpflichtungen zur Voraussetzung haben, daß schließlich der Rechtsanspruch des Dritten Anerkennung finde.

3. Was die angebliche aktenwidrige Annahme betreffend das stillschweigende Einverständniß der Contrahenten und die angebliche Verweigerung rechtlichen Gehörs wegen Nichtberücksichtigung des dießfälligen Beweisanerbietens betrifft, so handelt es sich nicht um ein Gewohnheitsrecht, für welches nach § 288 und 340 des Rechtspflegegesetzes ein anerbotener Beweis abzunehmen wäre, sondern um eine nach der Behauptung des Beschwerdestellers allgemein im Verkehr herrschende und die richtige Auslegung des Gesetzes enthaltende Rechtsanschauung. Dafür war nicht Beweis aufzulegen, sondern es war Sache des Klägers durch Rechtsgutachten, Literatur u. s. f. seine Behauptung dem Richter einleuchtend zu machen, und, wenn es ihm nicht gelungen ist, so hat sich der Richter weder einer aktenwidrigen Annahme noch der Verweigerung rechtlichen Gehörs schuldig gemacht. Uebrigens wäre, wenn ein Verkäufer sich *generell* zur Lieferung einer Anzahl Papiere gewißer Art verpflichtet hätte und dann versuchen würde, seine Vertragspflicht durch Lieferung solcher Stücke zu erfüllen, welche Gegenstand einer „Opposition" sind, *ohne Beweisabnahme* anzunehmen, daß der Käufer sich dieß verbitten könnte, weil die Kontrahenten offenbar solche Papiere im Auge gehabt haben, deren rechtmäßiger Besitz nicht bereits streitig ist. Allein im vorliegenden Fall waren zwei bestimmte, numerirte Stücke, Gegenstand des Kaufes; der Käufer hat erhalten, was er gekauft hat und es kann sich nur um Nachwährschaftsanspruch wegen Störung im Besitze handeln; die Begründetheit dieses Anspruches ist aber nicht nachgewiesen.

4. Die Ablehnung des Begehrens, daß die Akten der gegen die Hertlein geführten Strafuntersuchung eingezogen werden, ist nicht leichtfertiger Weise aus Scheingründen erfolgt, also nicht als Verweigerung rechtlichen Gehörs aufzufassen.

Miethe.

Verpflichtung des Miethers zur Rückgabe der Sache nach Ablauf der Miethzeit. Die Unmöglichkeit der Erfüllung dieser Verpflichtung als Grund zur Umwandlung derselben in eine Schadenersatzobligation, so lange der Miether nicht die Abwesenheit jedes Verschuldens beweist. Beweisfrage. Umfang der Haftpflicht des Miethers.

Obergericht Zürich, Appellationskammer,
30. März 1889,
Meier contra Isler.

Abraham Meier in Hottingen, der unter Anderm auch dadurch etwas zu erwerben sucht, daß er alte Pferde ankauft, dieselben auffüttert und nachher wieder verkauft, gab am 24. April 1888 dem Milchhändler Heinrich Isler auf Rütihof-Herrliberg ein schwarzbraunes, 16 Jahre altes Pferd, das im Jenner des nämlichen Jahres als ausrangirtes Militärpferd für 145 Fr. versteigert und nachher von Meier erworben worden war, *zur Miethe*. Isler benutzte das Pferd zu seiner täglichen Fahrt mit dem Milchfuhrwerk von Rütihof-Herrliberg nach Zürich. Diese Fahrt wurde auch am 5. Mai 1888 gemacht. Schon um 3 Uhr erhielt das Pferd sein gewöhnliches Morgenfutter. Im Hirschen im Niederdorf-Zürich wurde demselben zwischen 7 und 8 Uhr ein Zwischenfutter von 1½—2 Vierling Haber verabreicht. Um 11 Uhr kam Isler in den Rütihof zurück und da er am 1 Uhr bei einer Gewehrinspektion in Meilen sein mußte und dorthin zu fahren beabsichtigte, so verabreichte er dem Pferd einfach im Freien das

dritte Futter und zwar $1^1/_2$ bis 2 Vierling Hafer und 2 Pfund Brod und fuhr dann einige Minuten nach 12 Uhr auf einem entlehnten Wägelchen nach Meilen. Vom Rütihof ging es bergab und es wurde der ganze Weg im Trab zurückgelegt. Im Löwen in Meilen wurde das Pferd eingestellt, es ging aber nicht lange, so stellten sich Kolikerscheinungen ein und circa um 5 Uhr Abends ging das Pferd trotz rechtzeitig herbeigezogener ärztlicher Hülfe zu Grunde. Der Vermiether Meier belangte deßhalb den Isler auf Schadenersatz und da dieser die Schuldpflicht bestritt, so kam es zum Prozeß. Die in diesem erhobene Expertise konstatirte, daß das Pferd in Folge *Magenberstung* zu Grunde gegangen sei. Der Magen wurde in Folge Ueberfüllung mit Futter und Gasen zerrissen. Das hohe Alter des Pferdes bedingte eine Beeinträchtigung seiner Verdauungskraft, die zudem dadurch noch etwelchermaßen erhöht wurde, daß das Pferd Spitzzähne hatte. Die Verdauung des Futters, das dem Pferd im Hirschen in Zürich gereicht wurde, war deßhalb bei der Ankunft im Rütihof noch keine vollständige und es wurde der Magen durch das überreichliche, vom Pferde (weil angeschirrt gefüttert) *hastig* verschlungene Mittagsfutter überfüllt. In diesem Zustande wurde die Fahrt nach Meilen *im Trab* den Berg hinunter ausgeführt. Die Darmthätigkeit konnte bei dem so arbeitenden Thiere nur eine geringe sein, die Magenwände dehnten sich aus, und die Katastrophe war nicht mehr zu vermeiden. Das ist ungefähr die Argumentation des Experten. Derselbe schließt dahin:

1) Diätetisch verwerflich ist der Gebrauch unmittelbar nach dem Mittagsfutter in der Art, wie er stattfand. Eine Bewegung *im Schritt* wäre hier angezeigt gewesen.

2) Die Magenberstung ist in dem Sinne auf unsorgfältige Behandlung (nämlich Ueberfütterung und Gebrauch) zurückzuführen, als wenn die erfolgte Mittagsfütterung und die unmittelbar folgende *Trab*bewegung ausgeblieben wären, die Berstung nicht eingetreten wäre.

3) Aber ebenso wahrscheinlich ist es, daß ein kräftiges Pferd die gleiche Behandlung ertragen hätte, d. h. daß das Alter und die zusammenhängende Organschwäche zu diesem Ausgang beigetragen haben.

4) Nur das Zusammenwirken beider Faktoren war verhängnißvoll.

Der Miether Isler wurde zur Ersatzleistung des Werthes verpflichtet, den das Pferd am 5. Mai gehabt hatte.

Gründe:

1. Es folgt aus der rechtlichen Natur des Miethvertrages, daß der Miether nach Beendigung der Miethe verpflichtet ist, die gemiethete Sache dem Vermiether in gehörigem Zustande zurückzugeben. Im schweizerischen Obligationenrecht ist diese Verpflichtung zwar nur bei der Pacht (Art. 317), nicht aber auch für den Miethvertrag *ausdrücklich* aufgestellt, sie ist aber selbstverständlich. Die beim Pachtvertrag aufgestellte Bestimmung ist lediglich eine Folgerung aus dem allgemeinen Begriffe der Miethe, von dem die Pacht nur eine Unterart ist (siehe Commentar von Hafner zu Art. 274 des O.-R., Zif. 4 am Ende). Kann nun die Erfüllung dieser dem Miether obliegenden Verbindlichkeit nicht bewirkt werden, so ist derselbe gemäß Art. 110 des O.-R. zum Schadenersatz verpflichtet, sofern er nicht beweist, daß ihm keinerlei Verschulden zur Last fällt (vergleiche auch Schneider, Commentar, Art. 317 Zif. 2 und Handelsg. Entsch. Bd. VII S. 27). Im vorliegenden Falle ist das Miethobjekt beim Miether untergegangen und mithin hat er zu beweisen, daß ihn an dem Untergange kein Verschulden treffe. Vermag er das nicht, so ist er grundsätzlich schadenersatzpflichtig.

2. Nach Art. 283 des O.-R. ist der Miether verpflichtet, bei dem Gebrauche der gemietheten Sache mit der Sorgfalt eines sorgsamen Hausvaters zu verfahren. Der Beklagte hat aber nicht bewiesen, daß der Untergang des Pferdes nicht auf eine Verletzung dieser Sorgfalt, sondern auf Zufall zurückzuführen sei und es muß deßhalb die Umwandlung der Obligation auf Rückgabe des Pferdes in die Obligation auf Ersatz des Interesses angenommen werden. Das durchschlagende Beweismittel ist die erhobene Expertise und diese zeigt nicht die Abwesenheit jedes Verschuldens des Beklagten am Untergange des

Pferdes, sondern gegentheils, daß der letztere bei einer Behandlung, wie sie von einem sorgsamen Hausvater verlangt werden muß, nicht eingetreten wäre. Die Magenberstung, an der das Pferd zu Grunde ging, war die Folge der überreichlichen und zu schnellen Mittagsfütterung zwischen 11 und 12 Uhr im Rütihof-Herrliberg in Verbindung mit der unmittelbar darauffolgenden Trabbewegung den Berg hinunter. Wenn auch ein ganz kräftiges Pferd diese Behandlung „wahrscheinlich" ohne Schaden zu nehmen, ertragen hätte, so wäre sie doch schon bei einem solchen mit einem gewissen Risico verbunden gewesen. Bei einem so alten Pferde aber, wie das in Frage stehende war, dessen Funktionen, namentlich auch bezüglich der Verdauung, keine normalen mehr sein konnten, mußte das beobachtete Verfahren von vornherein als ein bedenkliches erscheinen und zwar um so mehr, als der Fütterung im Rütihof eine solche im Hirschen in Zürich vorangegangen und das Pferd in der Zwischenzeit beständig thätig gewesen war, was neben der durch das Alter bedingten eine weitere Reduktion der Verdauungsthätigkeit nach sich gezogen hatte. Jeder Pferdebesitzer weiß, daß der Gebrauch eines Pferdes in *schneller* Gangart *unmittelbar* nach reichlicher Fütterung ein Diätfehler ist. Das war wohl auch dem Beklagten bekannt und es hätte ihm bei Anwendung der Sorgfalt eines sorgsamen Hausvaters nicht entgehen können, daß dieser Diätfehler unter den besondern Verumständungen des concreten Falles, nämlich bei einem 16 Jahre alten Pferd, das schon vorher nichts als gefressen und gearbeitet, nie aber geruht hatte und wo die Trabbewegung bergabwärts ausgeführt werden sollte, verhängnißvoll werden dürfte. Der Grund, warum Isler das Gefährliche seines Vorgehens entweder gar nicht beachtet oder zu wenig gewürdigt hat, liegt offenbar in der Hast, welche die Nothwendigkeit seines rechtzeitigen Erscheinens bei der Gewehrinspektion in Meilen, in alle seine Handlungen brachte; darunter darf aber der Kläger nicht leiden.

Miethe.

Schadenersatzanspruch des Miethers wegen Hinderung in der Benutzung der Miethsache während der vertraglich vorgesehenen Zeit in Folge Entzuges derselben durch Konkurs des Vermiethers (Art. 281 des O.-R.).

Unterschied zwischen einer derartigen und der auf den Art. 292 des O.-R. gestützten Schadenersatzklage. Eine analoge Ausdehnung des Art. 292 Abs. 2, wonach der zu leistende Schadenersatz bei Jahres- oder auf längere Zeit abgeschlossenen Miethen mindestens einem Halbjahrzins gleichkommen muß, auf gewöhnliche Schadenersatzklagen ist unzuläßig.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 13. April 1889.

Die Compagnie Singer, Nähmaschinenhandlung, hatte am 12. März 1882 *am Marktplatz* in Basel ein Verkaufslokal zum jährlichen Zinse von 2800 Fr. auf 6 Jahre fest, also bis 1. Oktober 1888 gemiethet. Dabei wurde bestimmt: „Ein Jahr vor Ablauf der Miethdauer muß gekündet werden, sonst gilt der Miethvertrag auf drei weitere Jahre als erneuert." Der Vermiether hätte somit, wenn er die Beendigung der Miethe auf den 1. Oktober 1888 herbeizuführen Willens gewesen wäre, am 1. Oktober 1887 künden sollen. Er that dieß aber nicht und galt deßhalb der Miethvertrag als auf 3 weitere Jahre, also bis 1. Oktober 1892 erneuert. Am 11. Oktober 1887 gerieth der Vermiether in Konkurs und es wurde darauf das Haus am 8. Dezember 1887 auf der Konkursgant versteigert. Am 14. Dezember 1887 kündete der neue Eigenthümer der Compagnie Singer das Miethlokal auf 1. April 1888 und diese bezog dann am leztgenannten Tage *am Münsterberg* No. 2 in Basel ein neues Lokal, das sie am 1. Jenner 1888 um den Preis von 2300 Fr. (also um 500 Fr. billiger als das frühere Lokal) gemiethet hatte.

Ein Schadenersatzbegehren, das die Compagnie Singer hierauf wegen der vorzeitigen Beendigung des Miethverhältnisses an ihren Vermiether stellte, wurde abgelehnt und es kam deßhalb darüber zum Prozeß. Die Klä-

gerin verlangte eine Schadenersatzsumme von 1400 Fr., gleich dem Betrage eines halbjährlichen Miethzinses. Die Schadenersatzpflicht an sich wurde auf den Art. 281 des O.-R. gestützt und bezüglich des Schadens zunächst der Standpunkt eingenommen, daß, da nicht mehr als ein Halbjahrzins gefordert werde, ein solcher nicht besonders nachgewiesen zu werden brauche, weil, wenn der Vermiether nach Art. 292 des O.-R. sogar dann, wenn er den Vertrag *aus wichtigen Gründen* vorzeitig aufgehoben habe, mindestens einen Halbjahreszins als Schadenersatz leisten müsse, diese Verpflichtung um so mehr da anerkannt werden müsse, wo, wie hier, eine völlig grundlose vorzeitige Vertragsauflösung vorliege. Eventuell wurde behauptet, daß während im frühern Miethlokal alle gemietheten Räume im gleichen Stockwerke neben einander gelegen haben, die jetzigen Miethräume über einander liegen und daß die Geschäftslage des neuen Lokals eine viel ungünstigere sei als diejenige des alten.

Die erste Instanz wies die Klage ganz ab, die zweite hieß dieselbe im Betrage von 100 Franken gut.

Gründe:

1. Die Schadenersatzklage des Miethers oder Vermiethers auf Grund von Art. 292 des O.-R. unterscheidet sich von der gewöhnlichen Schadenersatzklage dadurch, daß der Schaden ermittelt werden muß, bevor er eingetreten ist, denn das hier festgesetzte Kündigungsrecht hat die Anbietung vollen Schadenersatzes und wenn derselbe streitig ist, dessen Ermittlung durch den Richter zur Voraussetzung; es muß daher diese Ermittlung stattfinden, bevor die Kündigung selbst zu Recht erwächst. Daraus erklärt sich auch der Schlußsatz der bezeichneten Gesetzesbestimmung, daß der Miether die Miethsache nur dann zu verlassen habe, wenn ihm der Ersatz geleistet worden sei. Daraus folgt aber auch eine bedeutende Erschwerung des dem Kläger obliegenden Beweises für die Größe des Schadens; denn es liegt auf der Hand, daß es sehr schwierig und oft geradezu unmöglich ist, die Größe eines Schadens zu beweisen, bevor derselbe in Wirklichkeit eingetreten ist. Offenbar wegen dieser ausnahmsweisen, bei andern Schadenersatzklagen meist nicht vorhandenen Schwierigkeit hat daher der Gesetzgeber im Interesse der Billigkeit festgesetzt, daß wenn die Miethe für ein Jahr oder längere Zeit abgeschlossen sei, der Ersatz mindestens einem halben Jahreszinse gleichkommen müsse. Daraus folgt aber, daß eine analoge Ausdehnung dieser Bestimmung auf die gewöhnlichen Schadenersatzklagen wegen Bruch eines Miethvertrages, bei welchen die bezeichnete Schwierigkeit des Beweises wegfällt, durchaus unstatthaft ist.

2. Die Klägerin behauptet nun zwar, daß ihr ein Schaden von mindestens 1400 Frkn. auch wirklich entstanden sei; allein in der Hauptverhandlung hat sie zum Beweise dieses Schadens lediglich vorgebracht, daß, während gemäß dem frühern Miethvertrage alle gemietheten Räume im gleichen Stockwerke neben einander lagen, die jetzigen Miethräume über einander liegen und daß die Geschäftslage des jetzigen Lokals ungünstiger sei als diejenige des frühern. Zum Beweise für das letztere hat sie auch einige schriftliche Zeugnisse eingelegt. Allein aus diesen Thatsachen kann nicht auf einen Schaden geschlossen werden; denn der Miethzins für das neue Lokal ist erheblich niedriger als derjenige für das alte und der Richter ist absolut nicht in der Lage, gestützt auf das bloße richterliche Ermessen darüber zu entscheiden, ob nicht trotzdem der Klägerin ein Schaden entstanden sei, zumal der Beklagte geltend macht, daß auf das Geschäft der Klägerin die bessere oder geringere Geschäftslage keinen besondern Einfluß ausübe, weil ein erheblicher Theil des Verkaufs durch Reisende vermittelt werde, und dem Richter die nöthige Sachkenntniß abgeht, um die Begründetheit oder Unbegründetheit dieser Einwendung zu kennen.

3. Die Klägerin hat freilich noch ein allgemeines Beweisanerbieten dafür gemacht, daß sie den von ihr behaupteten Schaden erlitten habe und darauf gründet sie ihren in der Appellationsverhandlung gestellten Antrag auf ein weiteres Beweisverfahren, welchen sie dadurch unterstützt, daß sie einen Auszug aus ihren Büchern einlegt, wonach

im Zeitraum vom 1. April 1888 bis 1. April 1889 das Geschäft eine Mindereinnahme von Fr. 4486. 60 Rp. gehabt habe. Allein das bezeichnete allgemeine Beweisanerbieten war unstatthaft, weil ein Beweis nur für Thatsachen anerboten werden kann, und das weitergehende, erst in der Appellationsverhandlung gemachte Beweisanerbieten, sowie das gleichzeitig dafür produzirte Beweismittel sind gemäß § 676 des Rechtspflegegesetzes wegen Verspätung auszuschließen.

4. Dagegen hat der Beklagte der Klägerin denjenigen Schaden zu ersetzen, der ihr durch den verfrühten Umzug entstanden ist; denn das hierauf gerichtete, allerdings ebenfalls erst in der Appellationsverhandlung gestellte Rechtsbegehren wird durch Ziff. 2 von § 337 und § 676 des Rechtspflegegesetzes gestützt, wonach auch erst zweitinstanzlich geltend gemachte Behauptungen noch zu berücksichtigen sind, wenn deren Richtigkeit sich ohne ein weiteres Beweisverfahren aus den Prozeßakten ergibt. Es kann nämlich keinem Zweifel unterliegen, daß der Umzug eines so bedeutenden Geschäfts, wie dasjenige der Klägerin zu sein scheint, erhebliche Kosten verschiedenster Art sowie bedeutende Inkonvenienzen mit sich bringt und es ist natürlich ökonomisch nicht gleichgültig, daß dieser Umzug schon jetzt und nicht erst nach drei Jahren stattfinden muß. Dieser Schaden kann auch sehr wohl durch richterliches Ermessen annähernd bestimmt werden und es rechtfertigt sich hiefür ein Ansatz von 100 Fr.

Abtretung

einer mit Arrest belegten Forderung. Anfechtung derselben durch den Arrestgläubiger (Art. 196 des O.-R.). Der bloß *einstweilige* Arrest vermag das Anfechtungsrecht noch nicht zu begründen.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 16. März 1889.
Armenpflege Bärentsweil ca. Armenpflege Russikon.

Die Armenpflege Bärentsweil hatte für einen 13—14 Jahre alten Knaben an Unterstützungen 789 Fr. 35 auslegen müssen. Im März 1888 vernahm sie, daß der Mutter des Knaben (einer Frau Hoffmann) ein Guthaben auf die Spaarkasse Pfäffikon von 325 Fr. zustehe; sie entschloß sich deßhalb, dieselbe auf theilweise Rückerstattung der geleisteten Unterstützung anzuhalten und stellte, um zu verhindern, daß sie ihr Spaarkassaguthaben einkassire, das Gesuch, der Spaarkasse die Auszahlung zu verbieten. Mit Verfügung vom 11. April 1888 entsprach das Gerichtspräsidium Pfäffikon dem Gesuch unter Anrufung der § 577 u. f. des Rechtspflegegesetzes, untersagte also der Spaarkasse die Auszahlung des Guthabens und setzte dann der Gesuchstellerin (Armenpflege Bärentsweil) am 15. Mai in Anwendung der §§ 583 und 584 des Rechtspflegegesetzes Frist an zur Einleitung des Forderungsstreites gegenüber der Mutter des unterstützten Knaben, ansonst die Verfügung vom 11. April wieder aufgehoben würde. Die Klageinleitung erfolgte. Inzwischen war Frau Hoffmann aber auch von der Armenpflege Rußikon auf theilweisen Ersatz von Armenunterstützungen, die einem zweiten und zwar *ausser*eheliehen Sohne derselben verabreicht worden waren, ins Recht gefaßt worden und mit dieser Klägerin hatte sie sich am 26. Juni 1888 dahin gütlich verständigt, daß sie ihr das Guthaben auf die Spaarkasse Pfäffikon von 325 Fr. abtrat. Wie nun die Armenpflege Bärentsweil von diesem Factum Kenntniß erhielt, ließ sie den Forderungsstreit gegenüber der Frau Hofmann einstweilen ruhen und faßte die Armenpflege Rußikon mit der Frage ins Recht, ob sie nicht anerkennen müsse, daß die genannte Forderungsabtretung ungültig sei und sie keinerlei Ansprüche auf das bezügliche Guthaben besitze.

Die Klage wurde zur Zeit abgewiesen.

Gründe:

1. Die Klägerin stützt ihre Anfechtungsklage auf den Art. 196 des O.-R. und es gehört deßhalb zu ihrer Fundirung vor Allem aus die Feststellung, daß die Forderung der Frau Hofmann an die Spaarkasse Pfäffikon, deren Abtretung an die Beklagte angefochten wird, am 26. Juni mit Arrest belegt gewesen

sei. Dieß wird von der Beklagten bestritten, jedoch mit Unrecht. Die Verfügung des Bezirksgerichtspräsidiums Pfäffikon vom 11. April 1888 kann ihrem Inhalte nach nur eine Beschlagnahme sein, obschon sie sich selbst als einen Befehl bezeichnet und obschon sie nicht in den für die Beschlagnahme vorgeschriebenen Formen, sondern in denjenigen des Befehlsverfahrens erledigt worden ist. Die damalige Impetrantin, die heutige Klägerin (Armenpflege Bärentsweil) nämlich besaß nach ihrer eigenen Angabe gegenüber der Angesprochenen Frau Hofmann nichts als eine Forderung, also kein selbständiges Recht auf das Guthaben bei der Spaarkasse Pfäffikon; sie konnte also auch keine vorsorgliche Maßnahme bezüglich dieses Guthabens gemäß § 577 Zif. 2 des Rechtspflegegesetzes beantragen, sondern nur einen Arrest, dessen Vollziehung allerdings gemäß § 579 Zif. 3 in der Weise stattzufinden hatte, und auch stattfand, daß dem Schuldner der beschlagnahmten Forderung deren Zahlung an den Gläubiger untersagt wurde. Allerdings hätte diese Beschlagnahme nicht bewilligt werden sollen; denn die Arrestklägerin hatte der Bestimmung des § 602, welcher die Bezeichnung des Arrestgrundes verlangt, kein Genüge geleistet und ein Arrestgrund ist auch offenbar überhaupt nicht vorhanden. Allein es kommt hierauf nichts an, weil die Verfügung rechtskräftig geworden ist. Auch wäre nur die Arrestbeklagte Frau Hofmann berechtigt gewesen, dieselbe anzufechten.

2. Trotzdem muß die Klage *zur Zeit* verworfen werden, denn da die Forderung, für welche der Arrest bewilligt wurde, zwischen der Klägerin und Frau Hofmann streitig ist und danach darüber gemäß § 610 Absatz 1 des Rechtspflegegesetzes die ordentlichen Gerichte zu erkennen haben, so wird der Arrest erst dann ein rechtsgültiger, wenn diese Forderung durch rechtskräftiges Urtheil gutgeheißen worden ist; vor diesem Momente aber kann die Klägerin nicht gestützt auf Art. 196 des O.-R. die Abtretung der beschlagnahmten Forderung an die Beklagte anfechten; denn es darf nicht als die Meinung des Gesetzgebers aufgefaßt werden, daß schon der *einstweilige* Arrest, welcher bei einer bestrittenen Forderung nur wegen der sonstigen Gefahr der Entfremdung des Arrestobjektes sofort ertheilt wird, im Uebrigen aber von der Gutheißung der Forderung im ordentlichen Prozeß abhängig ist, dem Arrestkläger das Recht gebe, eine Abtretung der mit Beschlag belegten Forderung nichtig erklären zu lassen.

3. Es ist auch nicht möglich, den Prozeß bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Forderung der Klägerin zu sistiren; denn eine solche Sistirung ist von der Klägerin nicht beantragt, sondern dieselbe hat sich im Gegentheil einem bezüglichen Antrage der Beklagten widersetzt und sofortigen Entscheid verlangt und das Gericht ist nicht ermächtigt, entgegen diesem Begehren, das Urtheil zu verschieben, sondern in dieser Beziehung an den Antrag der klägerischen Partei gebunden. Ueberhaupt wäre es wohl das einzig Richtige gewesen, schon die *Klage* bis zum rechtskräftigen Entscheid über die klägerische Forderung zu verschieben; denn es ist nicht einzusehen, weßhalb ein solcher Aufschub der Klägerin irgend welchen Nachtheil hätte bringen können, wohl aber wäre dadurch, insofern die Klägerin mit ihrer Forderung gegenüber Frau Hofmann abgewiesen wird, die Klage gegen die heutige Beklagte überflüssig und der für diesen Fall ganz unnütze Prozeß vermieden worden.

Rückforderung geleisteter Armenunterstützungen.

Konkurrenz zweier Armenpflegen.

Die obenerwähnte Forderungsklage der Armenpflege Bärentsweil auf theilweise Rückerstattung der dem ehelichen Knaben, der Frau Hofmann, Namens Robert Schneider geleisteten Armenunterstützungen wurde nachträglich in zweiter Instanz im Betrage von 75 Fr. gutgeheißen, womit gleichzeitig entschieden ist, daß die Cession des Spaarkassaguthabens an die Armenpflege Russikon im Betrage von 75 Fr. ungültig, im Uebrigen dagegen gültig ist. Die Klägerin hatte 325 Fr. gefordert. Die Frau Hofmann ist schon im Jahre 1880 von ihrem Ehemann Heinrich Schneider geschieden worden und das Scheidungsurtheil bestimmt, daß das Kind Robert

dem Vater zur Pflege und Erziehung überwiesen werde. Dieser hat sich indeß kurz nach der Scheidung unbekannt wohin entfernt und waren alle Bemühungen, seinen Aufenthaltsort festzustellen und ihn zur Erfüllung seiner Vaterpflichten anzuhalten, erfolglos.

Entscheidungsgründe:

1. Die Klägerin, welche für den minderjährigen Knaben der Beklagten Robert Schneider, geb. 1875 in den Jahren 1882 bis 1888 Fr. 789. 35 an Armenunterstützungen verausgabt hat, ist nach dem Armengesetze (§ 7 und 20 des Armengesetzes) berechtigt, die Beklagte zur Rückerstattung dieser Auslagen anzuhalten, soweit dieselbe als leistungsfähig zu betrachten ist; denn diese gesetzliche Verpflichtung ist durch das Scheidungsurtheil, welches die Pflicht zur Unterhaltung und Erziehung des Knaben Robert dem Ehemann Schneider auflegte, nicht aufgehoben und es wird von der Beklagten auch nicht behauptet und zum Beweise verstellt, daß ihr früherer Ehemann, dessen Aufenthaltsort sie nicht einmal zu kennen scheint, im Stande wäre, dieser Pflicht zu genügen.

2. Was die Leistungsfähigkeit der Beklagten anbetrifft, so ist durch die Akten festgestellt, daß sie ein kleines Heimwesen besitzt, auf welchem außer einem Winkelrecht ihres Bruders 1000 Fr. Schulden haften und welches mit Berücksichtigung dieses Winkelrechtes von der Spaarkasse Pfäffikon auf 2000 Fr. geschätzt wird. Ferner besitzt dieselbe etwas Hausrath und ein Guthaben von 325 Fr. auf die Sparkasse Pfäffikon. Dieses letztere ist zwar von ihr der Armenpflege Rußikon abgetreten worden; allein es ist diese Abtretung nach Art. 196 des O.-R. anfechtbar, insoweit die Klägerin in diesem Prozesse obsiegt. Außerdem hat sie einen Taglohn von Fr. 1. 60, ist aber wegen Kränklichkeit kaum im Stande, dieselben regelmäßig zu verdienen. Schulden sind außer den Ansprüchen, welche neben der Klägerin selbst noch die Armenpflege Rußikon gegen sie erhebt, keine vorhanden. Diese beiden Ansprüche ruhen aber auf den gleichen Voraussetzungen und es muß daher, wenn derjenige der Klägerin als begründet erklärt wird, davon ausgegangen werden, daß auch derjenige der Armenpflege Rußikon ganz in gleicher Weise begründet ist. Dieselben dürfen daher beim Entscheide darüber, ob und in welchem Umfange die Beklagte überhaupt im Sinne des Armengesetzes leistungsfähig sei, nicht in Berücksichtigung gezogen werden, wohl aber ist, wenn eine solche Leistungsfähigkeit als vorhanden angenommen wird, dieselbe als beiden Armenpflegen gegenüber im gleichen Maße vorhanden zu betrachten und haben sich daher dieselben in denjenigen Betrag, zu dessen Rückerstattung die Beklagte fähig gehalten wird, pro rata ihrer gehabten Auslagen zu theilen.

3. Im vorliegenden Falle erscheint es nun den Verhältnissen angemessen, eine Leistungsfähigkeit der Beklagten in dem Umfange anzunehmen, daß sie ihr Spaarkassaguthaben bei der Spaarkasse Pfäffikon den beiden Armenpflegen zu überlassen hat. Im Allgemeinen müssen zwar ihre oekonomischen Verhältnisse als ärmliche bezeichnet werden, allein sie sind doch nicht so ärmlich, daß sie dadurch ihrer natürlichen Pflicht zur Ernährung und Erziehung ihrer Kinder als gänzlich enthoben betrachtet und berechtigt erklärt werden könnte, diese Pflicht ganz auf die Armenbehörden überzuwälzen. Sodann hat sie aber auch selbst dadurch, daß sie dieses Guthaben der Armenpflege Rußikon abtrat, eine solche Pflicht ihrerseits bezüglich dieses Guthabens anerkannt und ihre Verpflichtung ist, wie bereits hervorgehoben worden ist, beiden Armenpflegen gegenüber die gleiche. Dagegen würde es sich zur Zeit nicht rechtfertigen, sie zu weitern Leistungen anzuhalten.

4. Die Theilung des fraglichen Guthabens zwischen der Armenpflege Rußihon, welche 2717 Fr. verausgabt und der Klägerin mit 789 Fr. 35 Auslagen, ergibt zu Gunsten der letztern einen Betrag von 75 Fr. nebst demjenigen Zins, welchen dieser Betrag seit der Festsetzung des gesammten Spaarkassabetrages auf 650 Fr. (wovon die Hälfte dem Bruder der Beklagten gehört) getragen hat. (Urtheil vom 16. April *1889*.)

Werkvertrag.

Gewährleistung des Uebernehmers für Mängel des Werkes (Art. 358 O.-R.) Anspruch des Bestellers auf unentgeltliche Verbesserung der Mängel. Streit über das Vorhandensein der Voraussetzung dieses Anspruches: „daß dem Uebernehmer nicht übermäßige Kosten verursacht werden."

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 19. März 1889.

Der Privatier Friedrich Meier in Riesbach übertrug der Möbelfabrik Ströbele und Osburg in Emmishofen (Thurgau) die Herstellung des Rokokoameublements (bestehend in einem Zierschrank, einem Tisch, Phantasiestühlen, Fauteuils, Spiegel etc.) für einen Rokokosalon in seiner Villa zur Martinsburg in Riesbach auf Grund eines Kostenvoranschlages und Zeichnungen, die indeß nicht Detailvorlagen waren, sondern nur im Großen und Ganzen den Styl kennzeichneten. Man kam nachträglich überein, daß die Werkübernehmer gegen einen Preiszuschlag von 10 % über den Kostenvoranschlag hinaus für die Möbel *ächt* amerikanisches und nicht imitirtes schweizerisches Nußbaumholz verwenden sollen und es verpflichteten sich die letztern ferner, die Möbel in schöner tadelloser Ausführung unter Garantie für trockenes Holz zu liefern. Der Preis für das ganze Ameublement (13 Stück) kam auf 3160 Fr. zu stehen und der Besteller hatte gegen diesen Preis nichts einzuwenden, er verweigerte aber die Annahme des Ameublements, weil die Ausführung desselben keine vertragsgemäße sei und es kam deßwegen zum Prozeß. Der Gerichtsexperte erklärte:

1. Die Arbeit ist im Ganzen gut ausgeführt und den Zeichnungen entsprechend.
2. Die Behandlung der Oberfläche der Möbel ist aber eine unglückliche. Es ist ein unschöner Firniss (Brünoline) angewandt worden. Die Vergoldung hätte schöner aufgelegt werden sollen.
3. Das Schnitzwerk ist im Ganzen gut, aber nicht über alles Lob erhaben; hiezu müßte man sich an einen Spezialisten wenden, der nur in einem betreffenden Styl arbeitet. Von einer Firma, wie die klägerische, deren Arbeiter bald in gothischem, bald in Rococo- oder Renaissance- oder Baroc-Styl arbeiten, kann nicht mehr verlangt werden.
4. Den Mängeln, die unter 2 gerügt worden sind, kann abgeholfen werden, indem der firnissartige Glanz, welcher wahrscheinlich verwendet wurde (sogenannte Brünoline) entfernt und anderer Firniss aufgelegt wird. Ebenso wäre eine Aufbesserung der Vergoldung durch einen tüchtigen Arbeiter sehr wohl möglich. Wenn diese Verbesserungen vorgenommen werden, so ist kein Minderwerth vorhanden, sonst beträgt er 10 % des Facturawerthes gleich 361 Fr.

Die Partheien anerkannten dieses Gutachten, es glaubte aber der Besteller auf Grund desselben die Annahme des Ameublements verweigern zu können. Eventuell verlangte er die unentgeltliche Verbesserung der Mängel durch die Unternehmer und erklärte sich mit dem Lohnabzug von 10 % nur in letzter Linie einverstanden. Die Unternehmer dagegen verlangten Annahme des Werkes mit Bezahlung des Preises abzüglich 10 %. Die Verbesserung lehnten sie ab, weil ihnen durch dieselbe übermäßige Kosten verursacht würden.

Der Anspruch des Bestellers auf einfache Wandelung wurde verworfen, dagegen derjenige auf unentgeltliche Verbesserung des Werkes durch die Uebernehmer gutgeheißen.

Gründe:

1. Streitig ist nur noch, ob der Beklagte auf Grund der durch die Experten festgestellten Mängel berechtigt sei, das Werk zur Disposition zu stellen und eventuell unentgeltliche Verbesserung der Mängel zu verlangen, oder ob er sich mit dem von den Klägern anerkannten Lohnabzug von 10 % der Facturasumme begnügen müsse.

2. Diese Fragen sind, — da sich der zwischen den Partheien abgeschlossene Vertrag unzweifelhaft als ein Werkvertrag darstellt, an Hand von Art. 358 des O.-R. zu entscheiden.

3. Da der Beklagte ein einheitliches Mobiliar in einem bestimmten Style für ein gan-

zes hiezu besonders eingerichtetes Zimmer bestellt hat, so kann demselben keinenfalls die Annahme *bloss einzelner* Stücke zugemuthet werden, indem z. B. ein einzelner Rococofauteuil für den der ganzen Bestellung zu Grunde liegenden Zweck ganz werthlos wäre.

4. Nach dem citirten Art. 358 kann die Annahme des Werkes verweigert werden, wenn dasselbe an so erheblichen Mängeln leidet oder sonst vom Vertrage so sehr abweicht, daß es für den Besteller unbrauchbar ist oder ihm die Annahme billigerweise nicht zugemuthet werden kann. Bei Beantwortung der Frage, ob diese Voraussetzungen zutreffen, ist das entscheidenste Moment die Zweckbestimmung des Werkes, weil die nämlichen Mängel, je nach der Verwendung, die das Werk finden soll, von ganz verschiedener Bedeutung sind. Im vorliegenden Falle, wo schöne tadellose Arbeit die Hauptsache und der Preis die Nebensache war, sind die zu Tage tretenden Mängel an sich gewiss strenge zu beurtheilen. Allein wenn man einerseits die Mängel in der Ausführung der Arbeit mit dem Ausspruch des Experten zusammenhält, daß von einer Firma, wie die klägerische, nicht mehr erwartet werden könne und daß der Beklagte, um Besseres zu erhalten, sich an einen Spezialisten, der nur im Rococostyle arbeite, hätte wenden müssen und anderseits den Umstand berücksichtigt, daß den Mängeln leicht abgeholfen werden kann, so erscheinen dieselben doch nicht so erheblich, daß ihretwegen die Verweigerung der Annahme der Möbel gerechtfertigt wäre.

5. Ist hienach der Wandelungsanspruch des Bestellers zu verwerfen, so muß dagegen sein Begehren um unentgeltliche Verbesserung der Mängel durch die Kläger gutgeheißen und die dießfällige Weigerung der letztern verworfen werden. Denn das Recht des Unternehmers, gestützt auf den Zwischensatz von Art. 358 Absatz 2 des O.-R.: „sofern dieses dem Unternehmer nicht übermäßige Kosten verursacht“, die unentgeltliche Verbesserung des Werkes zu verweigern, hat zur Voraussetzung, daß ihm dadurch übermäßige, *d. h. den Minderwerth erheblich übersteigende Kosten* verursacht werden, wofür der Beweis dem Unternehmer obliegt und dieser Beweis ist im vorliegenden Fall nicht geleistet. Allerdings haben die Kläger in der heutigen Appellationsverhandlung behauptet und zum Beweise verstellt, daß die Kosten des Transportes der gelieferten Möbel nach Emmishofen und zurück 153 Fr. betragen, allein das Beweisanerbieten ist unerheblich, denn es kann die fragliche Reparatur sehr wohl auch in Zürich besorgt werden. Die Kläger müssen zwar zu diesem Zwecke in der Nähe der Liegenschaft des Beklagten ein passendes Lokal miethen; denn der Beklagte kann selbstverständlich nicht gezwungen werden, seine eigenen Lokale zu diesem Zwecke herzugeben. Allein die Kosten dieser Miethe sowie die Mehrkosten, welche die Ausführung der Arbeit in Zürich gegenüber derjenigen in Emmishofen verursachen wird, sind offenbar nicht sehr bedeutend und jedenfalls werden trotzdem diese Reparaturen die Kläger immer noch eher billiger zu stehen kommen als den Beklagten, der dießfalls einen andern Unternehmer herbeiziehen müßte. Daß aber die Verbesserung durch einen andern Unternehmer erheblich mehr als den Minderwerth von 361 Fr. kosten würde, ist von den Klägern selbst nicht behauptet worden.

Vertragliche Zubehörde.

(§ 52 des n. P. G.-B.)

Die landwirthschaftlichen Geräthschaften können nicht als Zubehörden zu einem landwirthschaftlichen Gewerbe behandelt und folglich auch mit dem letztern nicht grundbüchlich verpfändet werden.

Zur Begriffsbestimmung des „Gasthofes“ im Sinne von § 52 lemma 7 des P. G.-B.

Obergericht Zürich, 13. April 1889.

Der Eigenthümer des Schlosses Goldenberg bei Dorf (Bezirk Andelfingen) trat mit der Actiengesellschaft Leu & Cie. in Zürich in Unterhandlung behufs Abschluß bezw. Erneuerung eines Darlehens gegen Anlobung eines Schuldbriefes auf seine Liegenschaft

zum Goldenberg, *sowie gegen Verpfändung seiner zur Betreibung der Wirthschaft und Fremdenpension und der Landwirthschaft nöthigen Fahrhabe im Sinne des § 52 des P. G.-B.* Die Contrahenten waren einig, allein die *Notariatskanzlei* weigerte sich, die Verpfändung der fraglichen Fahrhabe durch das Grundbuch vorzunehmen und das Bezirksgericht Andelfingen erklärte diese Weigerung auf erfolgte Beschwerde hin als begründet, weil:

a. der § 52 des P. G.-B. der landwirthschaftlichen Gütergewerbe nicht erwähne, die landwirthschaftlichen Geräthschaften vielmehr unter § 53 fallen und übrigens der landwirthschaftliche Theil der Besitzung und damit auch das fragliche Mobiliar an einen Dritten verpachtet sei, — und

b. die Eigenschaft des Goldenberg als Gasthof nicht festgestellt sei und ebensowenig, ob ihm eine, einem Gasthof adäquate Bedeutung zukomme, weßhalb auch die grundbüchliche Verpfändung des *Wirthschaftsinventars* nicht gestattet werden könne.

Ueber diese Schlußnahme beschwerte sich der Eigenthümer des Goldenberges, indem er vorbringen ließ:

1. Der Begriff der Zubehörde sei im neuen Privatrecht gegenüber früher ausgedehnt worden, um den durch die Abschaffung der freiwilligen Pfandverschreibungen besonders schwer betroffenen Kreisen entgegenzukommen. Zu den letztern gehören aber namentlich auch die Landwirthe und es seien daher unter § 52 aliena 5 offenbar auch einzubegreifen die zum Betriebe eines landwirthschaftlichen Gutes gehörenden, für dasselbe bestimmten, und zu dessen Bewirthschaftung, nicht aber dem persönlichen Gebrauche des Besitzers dienenden landwirthschaftlichen Geräthschaften und nur um solche handle es sich im concreten Falle.

2. Sodann sei der Goldenberg ein eigentlicher *Gasthof*, d. h. ein Etablissement, das zur Aufnahme von Gästen zu kürzerem oder längerem Aufenthalt und zur Verköstigung solcher diene. Eventuell liege eine Unterscheidung zwischen Fremdenpension und Gasthof hinsichtlich des Privilegiums des § 52 al. 6 durchaus nicht im Sinne des Gesetzes.

3. Was die Ausscheidung der speziell verpfändungsfähigen Wirthschaftsmobilien betreffe, so seien nur die zum Betriebe des Gasthofes dienenden Möbel in Aussicht genommen, alle dem persönlichen Gebrauch des Besitzers dienenden Gegenstände dagegen weggelassen. *Diese* Ausscheidung sei allein maßgebend für die Frage der Qualität als Zubehörde, keineswegs aber die Unterscheidung in § 59 des P. G.-B., die nur die zum privaten Gebrauch der Familie bestimmten Gegenstände im Auge habe.

4. Mit Bezug auf die Fässer im Keller sei lediglich auf das alte Recht und die Gerichtspraxis zu verweisen, die jene stets als Zubehörde behandelt haben.

Die Beschwerde wurde verworfen und somit die Weigerung der Notariatskanzlei, die Verpfändung fraglicher Fahrhabe durch das Grundprotokoll vorzunehmen, auch zweitinstanzlich geschützt.

Gründe:

1. Die Beschwerde ist unbegründet. Zwar würde die Thatsache der Verpachtung des landwirthschaftlichen Gewerbes der Verpfändung der landwirthschaftlichen Geräthschaften kaum entgegenstehen, denn der Pachtvertrag gewährt dem Pächter nur einen persönlichen Anspruch auf Benutzung der Pachtobjekte und eventuell auf Schadenersatz. Dagegen stehen der Verpfändung andere, rechtliche Bedenken entgegen. Gemäß dem producirten Inventar wünscht Rekurrent in erster Linie als *vertragliche* Zubehörde seiner Liegenschaft zu verpfänden eine Anzahl zur Bewerbung seines landwirthschaftlichen Gutes dienende Mobilien, z. B. Wagen, Pflüge, Mäh- und Dreschmaschinen etc. Diese Verpfändung erscheint indessen nach § 52 des P. G.-B., welcher von der vertraglichen im Gegensatz zur gesetzlichen Zubehörde von Liegenschaften (§ 50) handelt, als unstatthaft. Der citirte § 52 enthält eine *erschöpfende* Aufzählung der vertraglichen Zubehörde und hat dabei den Kreis der letztern schon weit gezogen. Die landwirthschaftlichen Geräthschaften compariren unter jenen weder aus-

drücklich, noch sind sie in dem Ausdruck: „u. dergl." in lemma 6 des citirten Paragraphen stillschweigend inbegriffen; denn, wie die erste Instanz richtig ausführt, hätte der Gesetzgeber dieses wichtigsten und denkbar häufigsten Falles der vertraglichen Verpfändung als Zubehörde gewiß ausdrücklich erwähnt, wenn er denselben nicht hätte ausschließen wollen. Der Auschluß ist vielmehr ein bewußter.

2. Der § 476 des alten Privatrechtes bestimmte ausdrücklich, daß die landwirthschaftlichen Geräthschaften *nicht* als Zubehörde betrachtet werden. Das war nun für die betreffenden Kreise insofern ohne Bedeutung, als die vertragliche Verpfändung jener auf dem Wege der freiwilligen Pfandverschreibung damals noch möglich war. Bekanntlich hat dann das E. O.-R. diese Art der freiwilligen Pfandbestellung als unzuläßig erklärt, bezw. sehr erheblich beschränkt, gleichzeitig aber in Art. 210 der kantonalen Gesetzgebung überlassen, Bestimmungen über die Pfandbestellung an beweglichen Sachen in Form des Immobiliarpfandrechtes zu treffen.

Die Folge dieser Aenderung und der unter der Herrschaft des E. O.-R. ungenügend erscheinenden Ordnung der Frage durch das damalige privatrechtliche Gesetzbuch war der Gesetzesentwurf betreffend die Zubehörden vom Jahre 1882, dessen § 4 lautet: „Dem freien Uebereinkommen bleibt vorbehalten, auch andere bewegliche Sachen als Zubehörden zu behandeln, sofern dieselben zum gehörigen Betrieb oder zur Bewirthschaftung der betreffenden unbeweglichen Sache und nicht zum persönlichen Gebrauch des Besitzers oder dessen Haushaltung oder zum Verkauf bestimmt sind." Dieser § 4, der eine der wichtigsten Bestimmungen des ganzen Entwurfes war, wollte den Begriff der Zubehörde und zwar in erster Linie mit Berücksichtigung der Bedürfnisse der *landwirthschaftlichen* Bevölkerung ausdehnen (siehe die Weisung zu dem Entwurf, Amtsblatt 1882, Texttheil, Seite 653 u. folg.) Nun ist aber der Entwurf in der Volksabstimmung abgelehnt worden und hat somit niemals Gesetzeskraft erlangt und daraus erklärt sich denn auch der Umstand, daß das neue Privatrecht eine Verpfändung des landwirthschaftlichen Mobiliars als Zubehörde zum landwirthschaftlichen Gute als nicht im Bedürfnisse des Verkehrs liegend, nicht ausdrücklich vorsieht, dießfalls also eine Modification des § 476 des frühern Gesetzes nicht herbeiführte.

3. Was nun das Wirthschaftsmobiliar anbelangt, so ist zunächst davon auszugehen, daß das gegenwärtige Gesetz speziell in § 52 lemma 7, den Kreis der Zubehörde aufs Aeußerste erweitert hat und daß eine weitere Ausdehnung per Analogie absolut nicht im Sinne des Gesetzgebers liegen würde. Die entscheidende Frage ist daher einfach die, ob der „Goldenberg" als „Gasthof" zu qualificiren sei. Diese Frage ist nun aber zur Zeit wenigstens ohne Weiteres zu verneinen. Als *Gasthof* ist ein Etablissement nur dann zu betrachten, wenn demselben, resp. dessen Eigenthümer, abgesehen von der durch die Einrichtung bedingten factischen Möglichkeit, auch das *Recht* zur Betreibung *aller Zweige* einer Wirthschaft auf Grund eines Patentes zusteht. Nun gibt aber der Beschwerdeführer selbst zu, daß er zur Zeit nicht im Besitze eines solchen Patentes sei und es herrscht auch sonst über den Charakter seines Etablissements in den, den Verhältnissen näher stehenden Kreisen absolute Unklarheit und kann daher mit Bezug auf diese zweite Gruppe von Mobilien die Qualität der vertraglichen Zubehörde nicht als liquid betrachtet werden.

Die „Gründergesellschaft"

als Vorläuferin der eigentlichen Genossenschaft mit juristischer Persönlichkeit ist eine blosse gemeine Gesellschaft.

Streit über die Frage, ob ein Mitglied dieser Gründergesellschaft auch Mitglied der eigentlichen Genossenschaft geworden sei.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 28. August 1888.

Anfangs des Jahres 1882 kamen eine Reihe von Wiesenbesitzern in Uster überein, um die Ertheilung einer staatlichen Konzession zur Ableitung von Wasser aus dem Aabach be-

hufs Wässerung ihrer Wiesen, der sogenannten Aawiesen nachzusuchen und falls ihnen die Konzession ertheilt werden sollte, die concedirten Zuleitungsanstalten und Wässerungseinrichtungen auszuführen und sodann die Wässerung selbst in später noch festzustellender, die Interessen der Wiesenbesitzer möglichst gleichmäßig berücksichtigender Art und Weise zu betreiben. Ein von allen Mitgliedern dieser Vereinigung unterzeichnetes Konzessionsgesuch ging ab und die nachgesuchte Konzession wurde dann auch wirklich durch regierungsräthlichen Beschluß vom 9. Dezember 1882 ertheilt und zwar trotzdem damals noch unerledigte Privateinsprachen bestanden haben; die letztern sind selbst heute noch nicht erledigt, obschon bereits eine Reihe von Prozessen durchgeführt worden sind.

Nach Erwerb der Konzession konstituirten sich die Wiesenbesitzer als privatrechtliche Korporation (Genossenschaft). In der Genossenversammlung vom 24. Dezember 1882 wurden Statuten vorgelegt; in einer spätern Versammlung vom 31. Dezember erhielten dieselben die Genehmigung und es beschloß die Versammlung, daß solche ins Protokoll eingetragen und von allen Betheiligten unterzeichnet werden müssen. Unterm Datum vom 14. Januar 1883 erfolgte dann wirklich die Eintragung der Statuten ins Protokoll und hier wurden sie von den Genossen unterzeichnet. Das Konzessionsgesuch war auch von einem Heinrich Temperli unterschrieben worden, die Statuten aber unterzeichnete er nicht und besuchte auch keine der Versammlungen der Genossenschaft. Die Ausführung gewisser Wässerungsvorrichtungen, welche trotz Nichtbeseitigung der Privateinsprachen an Hand genommen worden war, und die vielen für die Genossenschaft verloren gegangenen Prozesse, hatten die Contrahirung nicht unerheblicher Schulden zur Folge gehabt. Eine per Ende 1887 abgelegte Rechnung ergab eine Gesammtschuld der Genossenschaft im Betrage von 15,897 Fr. 81 Rp. und es beschloß nun diese Verlegung derselben auf die einzelnen Genossen. Dabei wurde auch der genannte Heinrich Temperli als Genosse behandelt, er weigerte sich aber, zu zahlen und die Genossenschaft faßte ihn deßhalb mit der Streitfrage ins Recht, ob er nicht schuldig sei, ihr den auf ihn entfallenden Kostentheil zu bezahlen.

Die Klage wurde aber, so wie gestellt und begründet, abgewiesen.

Gründe:

1. Dadurch, daß der Beklagte die Eingabe, mittelst welcher die Konzession zur Ableitung von Wasser aus dem Aabach bei Uster behufs Wässerung von Wiesen nachgesucht worden ist, neben den gegenwärtigen Genossen der Wässerungsgesellschaft unterschrieben hat, ist er zu diesen zweifellos in ein Vertragsverhältniß getreten, denn es war ja dadurch der Wille ganz klar ausgesprochen, gemeinsam mit den andern Unterzeichnern des Konzessionsgesuches eine Wasserwerksanlage zu erstellen und zu benutzen; dieses Vertragsverhältniß hat aber, da nach der Darctellung beider Parteien damals noch keine Statuten bestanden, sondern der Wille, in dasselbe zu treten, lediglich durch die Unterzeichnung des Konzessionsgesuches bekundet war, nur die rechtliche Eigenschaft einer gemeinen Gesellschaft im Sinne von § 1235 u. folg. des frühern privatrechtlichen Gesetzbuches, einer sogenannten Gründergesellschaft gehabt und nicht diejenige einer Genossenschaft; es hat dem Beklagten sowohl dritten Gesellschaftsgläubigern als den Mitgesellschaftern gegenüber die Verpflichtung obgelegen, Schulden, welche zur Erreichung des Gesellschaftszweckes eingegangen worden waren, tilgen zu helfen, namentlich an die Gebühren und Kosten der Konzession einen Beitrag zu leisten.

2. Anders ist dann die Sache geworden, als Anfangs des Jahres 1883, gleichzeitig mit dem Inkrafttreten des Schweiz. Obligationenrechts die Inhaber der Konzession für angezeigt errachtet haben, Statuten aufzustellen sowie sich in das Handelsregister eintragen zu lassen und dadurch die rechtliche Eigenschaft einer Genossenschaft zu erwerben.

3. Zugegebenermaßen hat sich der Beklagte, nachdem in einer Versammlung der Wässerungsberechtigten vom 31. Dezember 1883, offenbar in der Absicht, der Vorschrift des Art. 679 des O.-R. ein Genüge zu leisten,

beschlossen worden war, daß die entworfenen Statuten von allen Betheiligten unterzeichnet werden sollen, geweigert, diesem Beschluß nachzukommen und daß diese Weigerung etwa nur damit begründet worden sei, der Beklagte halte einzelne Bestimmungen der Statuten für unrichtig, wird von den Klägern selbst nicht behauptet; die letztern haben somit darüber ganz im Klaren sein müssen, daß der Beklagte darauf verzichte, für seine Liegenschaften das Recht der Wässerung zu erwerben und es liegt nichts dafür vor, daß dieselben je Schritte gethan haben, um seinen Eintritt in die Genossenschaft zu erzwingen.

4. Ist nun aber davon auszugehen, der Beklagte sei nie Mitglied der Genossenschaft geworden, so kann selbstverständlich auch keine Rede davon sein, daß ihm obliege, die Kosten, welche die Ausführung der Konzession seit Gründung der Genossenschaft verursacht hat, tragen zu helfen und kann derselbe mit Grund nur angehalten werden, wie oben bemerkt, — an die früher dießfalls entstandenen Kosten einen Beitrag zu leisten, was schon im erstinstanzlichen Urtheil ausgesprochen worden ist, und was auch der Beklagte anerkennt.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. Juni 1889. VIII. Band. № 10.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gosswedler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die „Amerikanische Schweizer-Zeitung", 18 Ann Str., New-York.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Schweizerisches Bundesgericht.

29. März 1889.

Schellenberg & Bruppacher, Genua,
contra
Cesare Cassinelli-Vogel.

Kauf nach Muster.

Gewährleistung des Verkäufers für die Musterkonformität der Waare.

Es kann nicht jeder geringe, im Verkehrsleben gar nicht weiter beachtete Unterschied in der chemischen Zusammensetzung von Waare und Muster als ein zur Dispositionsstellung berechtigender Mangel betrachtet werden, sondern es muß eine Verschiedenheit vorliegen, die als solche, als Unterschied in der Qualität der Waare im Verkehr überhaupt empfunden wird.

Die Kläger, Schellenberg & Bruppacher, Weinhandlung in Genua, haben dem Beklagten, Cesare Cassinelli, Weinhändler in Zürich, 100 Hektoliter 1885er „Claret", Rothwein (italienischer sogenannter Bordeauxwein) zu 65 Fr. per Hectoliter frei ab Station Pozzolo verkauft und diesen Wein am 30. Juni 1888 unter gleichzeitiger Uebersendung eines Ausfallmusters von 4 Flaschen in 45 (mitverkauften) Bordelaises an denselben versandt. Unbestrittenermaßen wurde dieser Kauf auf Grund eines dem Käufer bereits am 1. März 1888 (in vier halben Flaschen) zugestellten Musters abgeschlossen. Der Käufer verweigerte die Annahme der ganzen Sendung, weil der Wein resp. das Ausfallmuster dem Verkaufsmuster nicht entspreche und es kam deßhalb vor Handelsgericht Zürich zum Prozeß. Dieses erklärte die Annahmeverweigerung des Käufers Cassinelli mit Urtheil vom 14. Dezember 1888 rücksichtlich von 10 der gelieferten Fässer für begründet, verpflichtete ihn dagegen den Kauf mit Bezug auf die übrigen 35 Fässer zu halten (vergleiche das Urtheil in H. E. VIII, 53 u. f.)

Die Kläger begnügten sich mit dieser Entscheidung, nicht aber der Beklagte. Dieser erklärte den Weiterzug ans Bundesgericht und stellte hier den Antrag, es möchte die Kaufpreisklage von Schellenberg & Bruppacher *des Gänzlichen* abgewiesen werden. Er erklärte, den vor Handelsgericht eventuell gestellten Antrag auf angemessene Reduktion des Kaufpreises fallen lassen zu wollen und berief sich zur Begründung seines Antrages

auf *gänzliche* Klagabweisung außer den Akten der Vorinstanz noch auf ein neues, auf eine wiederholte Untersuchung des Weines gegründetes Gutachten des Stadtchemikers Bertschinger vom 27. März 1889.

Die Weiterziehung wurde als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Urtheil des Handelsgerichtes bestätigt.

Gründe:

1. Nach Artikel 30 des Organisationsgesetzes hat das Bundesgericht sein Urtheil auf Grund des von den kantonalen Instanzen festgestellten Thatbestandes zu fällen; es dürfen daher in der bundesgerichtlichen Instanz neue thatsächliche Behauptungen oder Beweismittel nicht mehr vorgebracht und es kann somit auf die heute vom Vertreter des Beklagten produzirte neue Expertise keine Rücksicht genommen werden.

2. Nachdem die Kläger gegen die vorinstanzliche Entscheidung ein Rechtsmittel nicht ergriffen haben, ist nur noch darüber zu entscheiden, ob der Käufer den Kauf bezüglich der 35 Fässer, die von der Vorinstanz als dem Muster entsprechend anerkannt wurden, zu halten habe. Der Streit dreht sich dabei ausschließlich darum, ob die Vorinstanz mit Recht angenommen habe, daß die Waare dem Verkaufsmuster entspreche oder ob nicht vielmehr ihre sachbezügliche Entscheidung auf einem Rechtsirrthum beruhe.

3. Darüber ist zu bemerken: Die Beweislast dafür, daß die Waare dem Muster entspreche und daher empfangbar war, trifft, nachdem der Beklagte den Wein zur Disposition gestellt hat, die Kläger, diese haben zu beweisen, daß sie ihrerseits durch die Lieferung den Vertrag erfüllten. Vom Vorderrichter sind nun über die Beschaffenheit der Waare zwei Expertisen, eine kaufmännische und eine chemische erhoben worden. Der kaufmännische Sachverständige spricht sich dahin aus, der gelieferte Wein scheine ihm qualitativ dem Verkaufsmuster gleichzukommen; wenn er auch noch nicht so mild und feinschmeckend sei, wie dieses, so zeige er doch den gleichen Charakter und werde sich, in Flaschen abgezogen, rasch entwickeln wie das Verkaufsmuster. Der chemische Sachverständige dagegen konstatirt gewisse Differenzen zwischen dem Verkaufsmuster und dem gelieferten Weine zum Nachtheile des letztern. Verkaufsmuster und gelieferter Wein seien zwar gleicher Art, aber doch nicht ganz identisch. Der gelieferte Wein besitze neben weniger Alkohol einen größern Gehalt an Essigsäure, an Mineralstoffen und an Kaliumsulfat. Der Unterschied an Alkohol und an Essigsäure könne der Lagerung zugeschoben werden, derjenige an Mineralstoffen und an Kaliumsulfat aber sei ein ursprünglicher. Die Vorinstanz erachtet das Gutachten des kaufmännischen Sachverständigen als maßgebend, indem sie ausführt: „Im gewöhnlichen Handel dürfe der Käufer nach Probe die Waare nur wegen solcher Abweichungen vom Muster zurückbieten, welche für ihn bei der üblichen Untersuchung erkennbar waren und dürfe er nicht so subtile Differenzen, wie sie hier durch die chemische Analyse eruirt wurden und von denen er keine Ahnung haben konnte, nachträglich für die Bemängelung heranziehen. Es erscheine als das allein richtige, daß über die Musterconformität ein erprobter Fachmann und Weinkenner entscheide und daß nicht wissenschaftliche Untersuchungsresultate, welche dem Käufer für seine Entscheidung über die Dispositionsstellung nicht zu Gebote gestanden haben und für ihn nicht maßgebend gewesen seien, herangezogen werden.

4. In dieser Ausführung kann ein die Entscheidung selbst tragender Rechtsirrthum nicht gefunden werden. Wenn zwar die Vorinstanz den allgemeinen Satz aufstellt, Verschiedenheiten zwischen Waare und Muster, die nicht durch die geschäftsübliche, vom Käufer vorgenommene Untersuchung, sondern erst später durch wissenschaftliche Analyse entdeckt werden, berechtigen den Käufer nach Probe in der Regel nicht zur Rückbietung der Waare, so kann das nicht als richtig anerkannt werden. Der Käufer ist beim Handel nach Muster berechtigt, zu verlangen, daß die Waare, die ihm durch den Hinweis auf das Muster zugesicherten Eigenschaften habe; besitzt sie diese Eigenschaften nicht, so ist sie nicht vertragsgemäß und wird vom Käufer mit

Recht zurückgewiesen; ob der Mangel vom Käufer bereits vor der Dispositionstellung, durch die von ihm vorgenommene geschäftsübliche Untersuchung festgestellt und festzustellen war oder nicht, ist gleichgültig. Allein im vorliegenden Falle stellt nun die Vorinstanz in That und Wahrheit doch nicht sowohl auf den in Rede stehenden allgemeinen Satz als vielmehr darauf ab, daß die durch die chemische Analyse ermittelten Verschiedenheiten zwischen Waare und Muster „subtile" seien, d. h. sie nimmt mit Rücksicht auf die kaufmännische Expertise an, diese Verschiedenheiten seien derart gering, daß sie nach der Auffaßung des Verkehrs wie nach dem Willen der Parteien beim Vertragsschlusse als solche überhaupt nicht in Betracht kommen. In dieser Annahme aber kann ein Rechtsirrthum nicht gefunden werden. Freilich ist, wie bemerkt, beim Kauf nach Muster nur die dem Muster entsprechende Waare vertragsgemäß und kann gerade im vorliegenden Falle, nach der zwischen den Parteien gewechselten Korrespondenz kein Zweifel darüber obwalten, daß dem Muster genau, nicht etwa nur ungefähr, entsprechende Waare zugesichert wurde. Allein auch in diesem Falle kann doch nicht soweit gegangen werden, daß jeder geringe, im Verkehrsleben gar nicht weiter beachtete Unterschied in der chemischen Zusammensetzung von Waare und Muster als ein zur Dispositionsstellung berechtigender Mangel betrachtet würde; sondern es muß doch eine Verschiedenheit vorliegen, welche als solche, als Unterschied in der Qualität der Waare, im Verkehre überhaupt empfunden wird. Mit Rücksicht auf das von ihr eingeholte kaufmännische Gutachten verneint nun die Vorinstanz in für das Bundesgericht verbindlicher Weise das thatsächliche Vorhandensein eines derartigen Qualitätsunterschiedes zwischen Waare und Muster.

Handelsgericht Zürich,

8. März 1889.

Elmenhorst ca. Perrot.

Kauf.

Nachwährschaftsklage des Käufers wegen Mängeln der Kaufsache (Art. 243, 245, 246, 249 und 254 des Obligationenrechts).

Der Kläger, Gutsbesitzer im Röthel-Wipkingen, kaufte am 20. Juni 1888 vom Beklagten ein Pferd, Namens „Cäsar", nachdem er unmittelbar zuvor mit demselben eine kurze Probefahrt, bei welcher auch dessen Frau zeitweise die Zügel geführt haben soll, gemacht hatte. Der Kauf erging um die Summe von 1800 Frkn., die sofort bezahlt wurden und es leistete Perrot dem Käufer schriftliche Garantie für folgende Eigenschaften des verkauften Pferdes:

1. Vollständige Frömmigkeit beim Gebrauch, einspännig und zweispännig und als Reitpferd, Nichtscheuwerden durch Eisenbahn, Tramway etc.
2. Guten Charakter in und außerhalb des Stalles, Abwesenheit jedes verborgenen Fehlers und vollständige Gesundheit an Körper und Gliedern.
3. Tauglichkeit des Pferdes, um den von ihm verlangten Dienst zu verrichten, bestehend in der täglich 3—4maligen Fahrt von der klägerischen Besitzung im Röthel-Wipkingen nach Zürich.

Die letztere Garantie hängt mit der Thatsache zusammen, daß die Hauptbestimmung des Pferdes war, die Kinder des Klägers in die Stadt zur Schule zu fahren und dort wieder abzuholen.

Am 6. Juli 1888 erfolgte die thatsächliche Uebergabe des Pferdes an den Kläger. Nach der Behauptung des letztern hätte aber schon der Gebrauch einiger Tage die Leistungs*un*fähigkeit des Pferdes herausgestellt und will er deßhalb durch seinen Kutscher reklamirt haben. Der Beklagte gibt indeß nur zu, daß der Kutscher damals (10—14 Tage nach der Uebergabe) berichtet hätte, das Pferd gehe seinem Herrn nicht schnell genug und wünsche er deßhalb ein anderes, welchen

Wunsch in Form eines Tausches zu erfüllen er sich sofort bereit erklärt habe. Thatsache ist, daß Perrot mit Brief vom 25. Juli 1888 die Hoffnung aussprach, daß es ihm gelingen werde, bis Samstags den 28. Juli ein passendes Ersatzpferd zu finden; *in der Zwischenzeit werde „Cäsar" genügen, um noch für einige Tage den Dienst zu versehen.* Mit Brief vom 30. Juli erklärte Kläger, daß er den „Cäsar" nun nicht länger behalten möchte und bis spätestens Mittwoch den 1. August einen in jeder Beziehung passenden Ersatz erwarte, am 3. August erstreckte er aber dem Beklagten die Frist zur Auswechslung bis zum 8. August mit dem Bemerken, daß im Nichteinhaltungsfalle das Pferd dem Beklagten zur Verfügung gestellt werden müßte. Am 6. August berichtete der Beklagte, daß er ein passendes Pferd gefunden zu haben glaube und am 7. August besuchte ihn deßhalb der Kläger, es konnte aber eine Einigung nicht erzielt werden. Der Beklagte behauptet, daß erst an diesem Tage eine eigentliche Mängelrüge dahingehend erfolgt sei, daß das Pferd statt bloß 4½ 7 Jahre alt sei, hinke und an den Vorderbeinen lahm gehe. Thatsache ist, daß man an diesem Tage mit dem Pferde in die Thierarzneischule ging und Professor Hirzel dessen Alter auf 4½ Jahre angegeben, eine weitere Untersuchung dagegen nicht vorgenommen hat. Mit dem 19. August stellte Kläger den Gebrauch des Pferdes ein. Nach seiner persönlichen Erklärung ist dasselbe bis dahin außer zu den täglichen Schulfahrten nach Zürich und zurück zu einer einmaligen Fahrt in den Circus, zu gelegentlichen Fahrten in der Stadt herum während der Vormittagsschule der Kinder Elmenhorst anläßlich der Besorgung von Kommissionen durch den Kutscher und zu Ausfahrten an Sonntagen mit der Frau Elmenhorst verwendet worden.

Am 20. August ließ Kläger den Thierarzt Erhardt kommen, welcher bezeugt, daß er das Pferd „Cäsar" untersucht und konstatirt habe, daß es in Folge einer Hufentzündung vorn links sehr stark lahm gehe. Das Horn sei stark abgebröckelt, defekt und der Huf mit einem ganzen Eisen beschlagen gewesen. Nach der Mittheilung des Kutschers hätte „Cäsar" das Eisen verloren und sich die Lahmheit seither entwickelt.

Der Beklagte hatte dem Kläger am 7. August ein anderes Ersatzpferd in Aussicht gestellt. Dieser reklamirte deßhalb mit Brief vom 4. September und erklärte am 8. September, daß wenn er nicht in den allernächsten Tagen befriedigt werde, er den „Cäsar" für Rechnung und Gefahr des Beklagten in amtliche Kost geben und den gezahlten Kaufpreis zurückfordern lassen werde. Es kam zu keiner Einigung und am 15. September stellte daher Kläger das Pferd in die Thierarzneischule, machte beim Friedensrichteramt Riesbach Klage auf Rückerstattung des Kaufpreises von 1800 Fr. anhängig und veranlaßte zugleich die Erhebung einer Expertise zum ewigen Gedächtniß. Ein vorläufiger Befund des Direktors Meyer der Thierarzneischule, welcher das Pferd „Cäsar" am 4. Oktober untersucht hatte, geht dahin, es zeige dasselbe schmale und spröde Vorderhufe, sowie kleine Fesselgallen vorn und Streichnarben hinten, Fehler, welche offenbar ältern Datums seien.

Die Untersuchung durch Professor Hirzel vom 11. Oktober führte zu folgendem Gutachten:

1. Das Pferd sei durchaus fromm, sowohl im Stall als am Fuhrwerk.

2. Ein verborgener Fehler irgend welcher Art sei nicht zu entdecken und der Gesundheitszustand des Pferdes seit dem Eintritt in die Thierarzneischule stets ein durchaus normaler gewesen.

3. An äußerlichen, bei der Besichtigung in die Augen springenden Fehlern besitze das Pferd erstens vorn etwas schmale Hufe, ohne daß von eigentlicher Zwangshufigkeit die Rede sein könne; die Race, der das Pferd angehöre, besitze in der Regel eine ähnliche Hufform. Das Horn sei hart, glänzend, spröde, es verrathe seine letztere Eigenschaft vorab dadurch, daß es an den Tragrändern leicht abbröckle, ausbreche und ziemlich große Lücken hinterlasse. Zweitens sei die Stellung der Vorderbeine eine leicht vorbiegige, lockere, welche Stellung bedinge, daß die Unterstützung der Körperlast durch die vordern

Gliedmaßen nicht völlig mit der Sicherheit geschehe, wie bei normalen Kniegelenken.

4. Die vorhandene fehlerhafte Hufbeschaffenheit und die vorbiegige Stellung der Vorderbeine bilden allerdings Zustände, welche die angestrengtere Verwendung des Pferdes zum Fahrdienste besonders auf hartem Terrain mit der Zeit wesentlich beeinträchtigen könnten.

Im Prozesse wurde eine weitere Expertise durch Professor Zschokke an der Thierarzneischule erhoben. Sein Gutachten, das vom Experten in der Schlußverhandlung mündlich ergänzt wurde, läßt sich in folgende Positionen zusammenfassen:

1. Das Pferd „Cäsar" leide *heute* weder an Sprödigkeit noch Abbröckelung der Hufe und sei auch nicht vorbügig, *dagegen zeige es eine lockere Stellung der Vorderbeine und zwar in Form eines zeitweiligen Vorwärtskippens der Kniee und in Form einer zu geraden Fesselstellung.*

2. Die früher konstatirten Hufdefecte (Sprödigkeit und Abbröckelung) stehen weder mit der Form der Hufe (schmale Form) noch mit dem Bau der Gliedmaßen in Beziehung. Sie seien durch Vernachlässigung der Diät (Beschlag) herbeigeführt worden und erst nach der Uebergabe entstanden, einzig *leichte* Hufsprödigkeit möge schon früher vorhanden gewesen sein.

3. Als *angeborner* Fehler sei zu nennen: eine etwas zu geringe Entwicklung der Muskulatur der Vordergliedmaßen.

4. Die Vorbügigkeit, die früher konstatirt worden, und die Lockerheit vorn, die auch heute noch in *leichtem* Grade vorhanden sei, stehe mit dem letztgenannten *originären* Fehler im Zusammenhang, weil die angeborne Muskelschwäche zu Lockerheit und Vorbügigkeit disponire. Möglicherweise, aber nicht wahrscheinlich, sei wenigstens *leichte* Lockerheit vorn schon *vor* dem Kaufe vorhanden gewesen. Die *stärkere* Lockerheit bis zur Vorbügigkeit dagegen sei sicher erst *nach* dem Kauf eingetreten.

5. Zur Erzeugung der Lockerheit und Vorbügigkeit müsse eine mindestens *relative* Ueberanstrengung mitgewirkt haben, denn die geforderten Leistungen seien mindestens für das Pferd „Cäsar" zu groß gewesen. Schon die täglich 4malige Doppelfahrt vom Röthel-Wipkingen nach Zürich sei eine Anforderung, die im Durchschnitt an ein Pferd nicht gestellt werden dürfe. Wenn nun noch mehr Leistungen zu Tage getreten seien, so sei desto mehr Grund zur Annahme einer Ueberanstrengung und daherigen Verstärkung der Lockerheit bis zur Vorbügigkeit vorhanden gewesen. Ob aber gerade die vom Kläger in der persönlichen Befragung zugestandenen Mehrleistungen, welche auf 16 Km. Wegstrecke anzuschlagen seien, für die Entwicklung der Vorbügigkeit den Ausschlag gegeben haben, wäre schwer zu sagen.

6. Selbst angenommen, das Pferd „Cäsar" sei bei der Uebergabe in völlig normalem Zustande gewesen, so müssen die in Frage stehenden Leistungen *in Anbetracht des schwächlichen Baues und der Jugend des Thieres* als zu große bezeichnet werden. Man habe hier an das 4½jährige Thier dieselben Anforderungen gestellt, wie an ein ausgewachsenes, entwickeltes. Die Frage, ob sich bei dem Pferd, wenn es wieder für den vorausgesehenen Dienst verwendet würde, bald wieder die Erscheinungen der starken Lockerheit und Vorbügigkeit einstellen, oder ob dasselbe noch Jahre lang den gleichen Zustand zeigen würde, sei nicht leicht zu beantworten. Der Experte glaube aber annehmen zu dürfen, daß es mit dem Pferde schlimmer und die Vorbügigkeit bis zur Gefahr des Voreinstürzens vorschreiten würde, jedenfalls würde der „Cäsar" rascher dienstuntauglich als unsere gewöhnlichen Drotschkenpferde.

Der Kläger verlangte, daß der Beklagte angehalten werde, ihm unter Rücknahme des Pferdes „Cäsar" den empfangenen Kaufpreis von 1800 Fr. nebst Zins zurückzubezahlen.

Der Vertreter des Beklagten beantragte Verwerfung der Klage, eventuell trug er darauf an, nur eine Preisreduktion von 300 bis 400 Fr. eintreten zu lassen; weiter eventuell verlangte er für den Fall, daß der Beklagte zur Zurücknahme des Pferdes angehalten werden sollte, eine Entschädigung von 350 Fr. für die Deteriorirung desselben; die Kosten der Verpflegung in der Thierarznei-

schule sollen unter allen Umständen den Kläger treffen.

Die Klage wurde gutgeheissen und demnach der Beklagte verpflichtet, das verkaufte Pferd zurückzunehmen und den empfangenen Preis von 1800 Fr. nebst Zins zurückzuzahlen.

Gründe:

1. Der Kläger verlangt Wandelung eines mit dem Beklagten abgeschlossenen Kaufes über ein Pferd und dementsprechend Rückerstattung des Kaufpreises nebst Zinsen, indem er geltend macht, das Pferd besitze die zugesicherten Eigenschaften nicht; während nämlich der Beklagte dafür garantirt habe, daß das Pferd keine verborgenen Fehler habe und an Körper und Gliedern vollständig gesund sei, weise dasselbe eine Reihe von Fehlern auf, welche zugleich die Tauglichkeit des Pferdes, den beim Vertragsabschluß vorausgesehenen Dienst zu verrichten, aufheben. Zur Begründung des Nachwährschaftsanspruches genügt der Nachweis des Mangels auch nur einer der zugesicherten Eigenschaften, wobei aber davon auszugehen ist, daß dieser Mangel schon zur Zeit der Uebergabe des Kaufsobjektes muß vorhanden gewesen sein und dafür ist nach den durchaus zutreffenden Ausführungen in einem Urtheil der Appellationskammer des Obergerichtes vom 8. März 1888 i. S. Rosenberger ca. Ringger, der auf Aufhebung des Kaufvertrages klagende Käufer beweispflichtig. (Siehe H. E. VII, 219.)

2. Nun steht aber dem Nachwährschaftsanspruch vor allem die Einrede der Verwirkung der Mängelrüge entgegen, welche nach 2 Richtungen hin begründet wird. Einmal ist gesagt worden, die Mängelrüge sei verspätet, diese Einrede stellt sich aber als unstichhaltig dar. Unbestrittenermaßen erfolgte die Uebergabe des Pferdes am 6. Juli. Wann die erste Reklamation erfolgte und worauf sich dieselbe bezog, geht aus den Akten allerdings nicht klar hervor. Der Kläger behauptet nämlich, er habe den Beklagten schon nach einigen Tagen davon benachrichtigt, daß das Pferd „Cäsar“ in den vordern Extremitäten zu schwach und unsicher sei, während der Beklagte nur zugibt, daß der Kläger nach 10—14 Tagen aus dem Grunde ein anderes Pferd verlangt habe, weil der „Cäsar“ nicht schnell genug gehe, und daß er erst anläßlich einer Unterhandlung vom 7. August erklärt habe, das Pferd sei 7 statt $4^1/_2$ Jahre alt, hinke und sei lahm an den Vorderbeinen. Daß aber eine förmliche Reklamation schon früher, als der Beklagte zugibt, stattgefunden haben muß, ergibt sich aus den Briefen des Klägers vom 30. Juli und 3. August, in welchen er erklärte, er wünsche den Cäsar nun nicht länger mehr zu behalten aus den bekannten Gründen, und dem Beklagten Frist ansetzte, um ein anderes, den übernommenen Garantien entsprechendes Pferd zu beschaffen, unter der Androhung, daß er sonst den „Cäsar“ zur Disposition stellen müßte. Durch diese Briefe wird zugleich die Behauptung widerlegt, daß sich die Ausstellungen des Klägers anfänglich nur auf die langsame Gangart bezogen haben. Es könnte sich auch fragen, ob nicht der Brief des Beklagten vom 25. Juli, worin ein passendes Ersatzpferd versprochen war mit dem Beifügen, unterdessen werde der „Cäsar“ genügen, um den Dienst noch für einige Tage zu versehen, den Schluß auf eine vorher erfolgte gehörige Mängelrüge zulasse. Es genügt indessen, auf die Briefe des Klägers vom 30. Juli und 3. August abzustellen, um darzuthun, daß der Kläger spätestens Ende Juli die deutliche Erklärung abgegeben hat, das Pferd diene wegen der ihm anhaftenden Mängel nicht und es kann diese Mängelrüge um so weniger als verspätet angesehen werden, als die Reklamation sich auf Fehler bezog, die sich erst nach einer gewissen Gebrauchszeit entdecken ließen, so die Sprödigkeit der Hufe in Folge der sich einstellenden Abbröckelung an den Hufrändern.

3. Ein weiterer Gesichtspunkt, aus welchem der Beklagte die Gewährspflicht ablehnt, ist der: Gesetzt, es haben zur Zeit der Uebergabe die vom Kläger gerügten Fehler bestanden, so seien dieselben offensichtlich gewesen. Der Beklagte lehnt sich dießfalls an eine Schlußbemerkung im Gutachten des Prof. Hirzel an, dahin gehend, die in Frage kommenden Zustände seien sogenannte Beschaufehler, d. h. solche, welche bei der ge-

wöhnlichen Untersuchung und Beobachtung des Kaufsobjektes haben festgestellt werden können. Für die Frage, ob der Kläger das gewöhnliche, einem Käufer zuzumuthende Maß von Aufmerksamkeit angewendet habe, ist von wesentlicher Bedeutung die Natur der in Betracht fallenden Mängel. Sind dieselben nämlich solche, welche zwar für das Auge eines Sachverständigen offensichtlich sind, dem Laien aber verborgen bleiben, so wird die Haftung des Verkäufers verschieden beurtheilt werden müssen, je nachdem der Käufer als Sachverständiger oder als Laie zu taxiren ist. Es ist einleuchtend, daß an einen Thierarzt oder Pferdehändler mit Bezug auf die Besichtigung und Untersuchung eines Pferdes strengere Anforderungen gestellt werden können, als an einen Käufer, der zwar in der Lage ist, Pferde zu halten, aber sich sonst nicht mit denselben befaßt. Die Frage wird sich somit dahin stellen, ob der Kläger bei Anwendung derjenigen Aufmerksamkeit, die ihm als Laie zuzumuthen ist, die von ihm gerügten Fehler, — gesetzt sie seien beim Kaufsabschluß schon vorhanden gewesen, — habe erkennen können. Der Beklagte hat zwar versucht, den Kläger als einen im Pferdehandel versirten Mann darzustellen; die persönliche Befragung des Klägers ist indeß in dieser Richtung negativ ausgefallen, und die weitere vom Beklagten zum Beweis verstellte Thatsache, daß nicht nur der Kläger, sondern auch dessen Ehefrau Probefahrten gemacht und das Pferd selbst geführt habe, läßt einen Schluß auf besondere Pferdekenntniß überall nicht zu.

Was nun die Erkennbarkeit der vom Kläger gerügten Fehler betrifft, so schien dieselbe mit Bezug auf die Sprödigkeit der Hufe, welche erst in Folge der mit dem Gebrauch des Pferdes eintretenden Abbröckelung zu Tage trat, von vornherein ausgeschlossen; ebenso war nicht ohne Weiteres klar, daß eine leicht vorbügige, lockere Stellung der Vorderbeine dem Laien hätte auffallen und von demselben als eine die Tauglichkeit des Pferdes möglicherweise beeinträchtigende Eigenschaft hätte erkannt werden können. Die Expertise des Prof. Zschokke hat nun aber in dieser Richtung hinreichende Klarheit geschaffen, indem sie zu dem Schlusse gelangt, einerseits, daß die Lockerheit der Vorderbeine im Zeitpunkt des Kaufabschlusses noch nicht so weit habe vorgerückt sein können, und anderseits, daß die Hufdefekte jedenfalls erst nach dem Kauf entstanden seien. Damit ist genügend festgestellt, daß sofern Lockerheit der Vorderbeine und Hufsprödigkeit damals im Keime schon vorhanden gewesen sind, diese Mängel sich dem oberflächlichen Beobachter kaum haben bemerkbar machen können. Die aus Art. 245 des O.-R. hergeleitete Einrede der Erkennbarkeit der Mängel ist daher zu verwerfen.

4. Da auf Grund vorstehender Ausführungen der Nachwährschaftsanspruch an sich nicht als verwirkt erscheint, so ist auf die Frage überzugehen, ob derselbe thatsächlich fundirt, d. h. ob das Pferd, welches den Gegenstand des Kaufes bildete, im Momente der Uebergabe wirklich nicht fehlerlos und gesund sowie auch nicht tauglich gewesen sei, den ihm obliegenden Dienst, bestehend in der täglichen 3—4maligen Fahrt von der klägerischen Besitzung im Röthel nach Zürich und zurück zu verrichten. Nun lag allerdings der Befund des Prof. Hirzel vor, in welchem die vom Kläger geltend gemachten Fehler, wie die Sprödigkeit der Hufe und die vorbügige Stellung der Vorderbeine konstatirt waren. Da aber dieses Gutachten nur den Zustand beschrieb, in welchem sich das Pferd am 11. Oktoder befand, und der Beklagte behauptete, daß die damals vorhandene Hufsprödigkeit und fehlerhafte Stellung der Vorderbeine nicht originäre Fehler seien, welche etwa mit der Schmalheit der Hufe zusammenhängen, sondern sich erst seit dem 6. Juli in Folge mangelhafter Hufpflege und Ueberanstrengung in Verbiudeng mit unsorgfältiger Führung geltend gemacht haben, so war das vom Kläger für das Vorhandensein der Fehler im Momente der Uebergabe angerufene Beweismittel der Expertise nicht zu umgehen.

5. Das schriftliche Gutachten des Prof. Zschokke stellt zunächst fest, daß das streitige Pferd zur Zeit weder an Sprödigkeit noch Abbröckelung der Hufe leide und auch nicht vorbügig sei, daß es dagegen eine leicht

lockere Stellung der Vorderbeine zeige. Als Ursache der früher vorhandenen Sprödigkeit der Hufe bezeichnet der Experte Vernachlässigung der Diät; er verneint, daß die Huffehler mit der Form der Hufe oder mit dem Bau der übrigen Gliedmassen in Beziehung stehen, führt aber die Vorbügigkeit und Lockerheit vorn auf einen angebornen Fehler, nämlich die etwas zu geringe Muskulatur der Vordergliedmassen zurück. Der Ausspruch des Experten, zur Erzeugung der Lockerheit und Vorbügigkeit müsse eine Ueberanstrengung eingewirkt haben, die geforderten Leistungen seien offenbar relativ, d. h. für das Pferd „Cäsar" zu groß gewesen, gab Veranlassung zu einer weitern Fragestellung an den Experten in der Richtung, ob der „Cäsar" überhaupt im Stande sei, den vertraglich vorgesehenen Dienst zu verrichten, oder ob die Gefahr bestehe, daß das Pferd bald wieder dienstuntauglich werde. Aus den vom Experten heute gegebenen Aufschlüssen geht nun unzweifelhaft hervor, daß die im Garantieversprechen vorgesehene Leistung, bestehend in der täglich 3—4maligen Fahrt vom Röthel nach Zürich und zurück mit Rücksicht auf den schwächlichen Bau und das jugendliche Alter des Pferdes eine zu große gewesen ist, daß man an das 4½jährige Pferd Anforderungen gestellt hat, welchen ein ausgewachsenes kaum genügen könnte. Wenn aber das Pferd für jenen Dienst nicht verwendet werden hann, ohne daß der Kläger gewärtigen muß, daß die Lockerheit der Vorderbeine sich wieder bis zur Vorbügigkeit steigere und daß die Gefahr des öftern Einknikens der Kniee und Stürzens eintrete, so ist der dem Kläger obliegende Beweis für den Mangel einer der zugesicherten Eigenschaften geleistet, so daß darauf, ob leichte Lockerheit und Hufsprödigkeit schon zur Zeit des Kaufabschlusses vorhanden gewesen oder erst seither entstanden seien, nichts mehr ankommt. Der Beklagte hat die Gewähr übernommen dafür, daß das verkaufte Pferd diejenigen körperlichen Eigenschaften besitze, welche es ihm ermöglichen, die 3 bis 4malige Fahrt vom Röthel nach Zürich und zurück auszuführen und nun hat es sich als hiefür zu schwach erwiesen.

6. Der Beklagte hat sich eventuell auf den Standpunkt gestellt, dem Kläger stehe jedenfalls nicht der Wandelungsanspruch zu, sondern es müsse derselbe das Pferd „Cäsar", welches sich nicht mehr in unversehrtem Zustand befinde, behalten und könne nur auf Ersatz eines allfälligen Minderwerthes wegen der etwas zu geringen Entwicklung der Muskulatur klagen. Allein zunächst darf an Hand des Gutachtens des Experten gesagt werden, daß das Pferd sich heute wohl kaum in einem schlechteren Zustand befindet als zur Zeit der Uebergabe, denn während der Experte annimmt, daß zur Zeit des Kaufabschlusses, abgesehen von dem schwächlichen Bau der Glieder, leichte Lockerheit der Vorderbeine und Hufsprödigkeit können vorhanden gewesen sein, ist es von letzterm Fehler heute wieder geheilt. Und sodann gibt das Gesetz keine Anhaltspunkte dafür, daß die Wandelung überall da ausgeschlossen sei, wo die Kaufsache sich nicht mehr in ganz unversehrtem Zustande befindet, vielmehr folgt aus Art. 254 Abs. 1 des O.-R., welcher die Zulässigkeit der Wandelungsklage auch für den Fall ausspricht, daß die Sache in Folge ihrer Mängel oder durch Zufall untergegangen sei, gegentheils, daß da, wo die Sache in Handen des Käufers *ohne sein Verschulden* nur verschlechtert worden ist, vom Ausschluß der Wandelung noch weniger gesprochen werden kann. Das Pferd ist vom Kläger zu einem bestimmten, dem Verkäufer kundgegebenen Zwecke erworben worden und da nun aus dem Gutachten des Experten Zschokke hervorgeht, daß das Thier zu schwach ist, um den gestellten Anforderungen zu genügen, so ist dem Käufer, welcher nicht beabsichtigt oder in der Lage ist, daneben noch ein anderes Pferd zu halten, mit einem Abzug am Kaufpreis keineswegs gedient. Hat das Pferd durch den Gebrauch, für welchen der Verkäufer die Garantie übernommen, eingebüßt, so ist von vornherein klar, daß der Käufer für diese Verschlechterung nicht aufzukommen hat. Der Beklagte behauptet allerdings, daß die Hufdefekte sowohl wie die lockere Stellung der Vorderbeine durch einen vertragswidrigen, d. h. den Rahmen der im Garantieversprechen vorge-

sehenen Leistungen übersteigenden Gebrauch verursacht worden seien; während nämlich dort nur von einer 3—4maligen Tour vom Röthel nach Zürich und zurück die Rede sei, habe der Kläger zugegebenermaßen das Pferd auch noch zu Commissionsfahrten in der Stadt, zur Fahrt in den Circus und zu Sonntagstouren benutzt. Was der Kläger aber in der persönlichen Befragung über Mehrleistungen zugegeben hat, ist nicht von der Bedeutung, daß gesagt werden könnte, der Kläger habe dem Pferd mehr zugemuthet, als er billiger Weise und in guten Treuen von ihm habe verlangen können. Der Experte erklärt denn auch, daß es gewagt wäre, zu sagen, daß gerade dieses plus von Fahrleistungen, — der Experte schlägt es auf 16 Km. Wegstrecke an, — für die Entwicklung der Lockerheit der Vorderbeine etc. ausschlaggebend gewesen sei. Wäre das Pferd nicht schon für die 3—4malige tägliche Tour nach Zürich und zurück zu schwach gebaut gewesen, so würden ihm die wenigen außerordentlichen Dienstleistungen kaum etwas geschadet haben. Es müßte gewiß als überängstliche Sorgfalt taxirt werden, wenn der Kläger das Pferd nicht einmal für eine Spazierfahrt am Sonntag benutzt hätte, wo ja die Fahrten zur Schule ausfielen. Jeder Pferdebesitzer kommt etwa in die Lage, seine Pferde stärkern Anstrengungen auszusetzen, ohne gerade befürchten zu müssen, daß diese nachtheilige Folgen nach sich ziehen werden. Ein vereinzelt etwas intensiverer Gebrauch kann also auch dem Kläger nicht als ein Verschulden angerechnet werden, welches den Wandelungsanspruch im Sinne des Art. 254 Abs. 2 ausschliessen würde.

7. Der Beklagte hat für den Fall, daß die Rückbietung des Pferdes als zulässig erklärt werden sollte, geltend gemacht, es sei nicht der ganze Kaufpreis zu restituiren, sondern ein Abzug im Betrage von Fr. 350 dafür zu machen, daß das Pferd in Folge einer seit der Uebergabe erlittenen Hufentzündung und der seither entstandenen Hufsprödigkeit und Lockerheit der Vorderbeine an Werth eingebüßt und lange Zeit arbeitsunfähig gewesen sei. Dieser Standpunkt ist indessen nicht haltbar. Entweder ist die Wandelung zulässig oder sie ist es nicht; im erstern Fall hat der Verkäufer die Sache in dem Zustand zurückzunehmen, in welchem sie sich befindet, liegt eine Deteriorirung vor, welche ein Verschulden des Käufers involvirt, so hat dies unter Umständen die Wirkung, daß die Wandelung ausgeschlossen und nur die Minderungsklage zulässig ist, ein drittes gibt es nicht.

Da die Dispositionsstellung eine gerechtfertigte war, hat der Beklagte auch die Kosten der Verpflegung des Pferdes in der Thierarzneischule zu tragen. Er könnte hievon nur unter der Voraussetzung entbunden werden, daß der Verbleib des Thieres mit Rücksicht auf die Hufdefekte nothwendig gewesen und nachgewiesen wäre, daß diese beim Kläger durch Vernachlässigung der Diät, des Beschlages entstanden seien; ersteres hat aber der Beklagte nicht einmal behauptet, und der letztern Annahme steht der Ausspruch des Experten entgegen, daß möglicherweise schon zur Zeit des Kaufabschlusses Hufsprödigkeit vorhanden gewesen sei.

Wechselrecht.

Deckungsanspruch des Bezogenen und Acceptanten gegenüber dem Trassanten. Er ist kein wechselrechtlicher, sondern ein gewöhnlicher Civilanspruch. Der Trattenauftrag beweist noch keinen civilrechtlichen Auftrag.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 20. April 1889.

Die von einem Bezogenen und Acceptanten gegen den Trassanten gestellte Klage auf Ersatz der eingelösten Wechselsumme wurde mit folgender Begründung abgewiesen:

Der Deckungsanspruch des Bezogenen und Acceptanten gegenüber dem Trassanten ist kein wechselrechtlicher, denn der Trassant gibt ein Wechselversprechen nur dem Wechselnehmer, nicht auch dem Bezogenen (Art. 742, Absatz 3). Das Deckungsverhältniß ist vielmehr ein außerhalb des Wechselrechtes liegendes, rein zivilrechtliches Verhältniß und es hängt von der Natur dieses Verhältnisses

ab, ob der Acceptant, der sein Accept honorirt hat, vom Trassanten Rückerstattung des Wechselbetrages verlangen kann oder nicht. Es ist maßgebend der Wechselschlußvertrag, d. h. der dem Geben und Nehmen des Wechsels (Acceptes) zu Grunde liegende zivilrechtliche Vertrag. Dieser kann sehr verschiedener Natur sein. Das Accept kann gegeben werden behufs Tilgung einer Schuld des Acceptanten an den Trassanten, sei es in der Meinung, daß diese Schuld novirt, in eine Wechselschuld umgewandelt oder daß der Wechsel einfach als Zahlungsmittel gegeben wird. In beiden Fällen kann natürlich von einem Anspruch auf Rückerstattung der eingelösten Wechselsumme keine Rede sein, weil die Deckung des Acceptanten in seiner Schuldbefreiung liegt. Der Acceptgebung und Accepteinlösung kann zu Grunde liegen ein Darlehensvertrag des Inhalts, daß der dem Trassanten durch die Wechseldiscontirung zugekommene und durch die Wechseleinlösung gesicherte Betrag ihm als Darleihen verbleiben soll und dann wird der Deckungsanspruch des Acceptanten durch den Darlehensvertrag fixirt. Ein weiteres der Acceptgebung zu Grunde liegendes Verhältniß kann das civilrechtliche Mandat sein und dann ist es die actio mandati contraria, mit welcher der Acceptant, der den Wechsel eingelöst hat, Ersatz der Einlösungssumme zu verlangen befugt ist (Art. 400 des O.-R.). Wo reine Gefälligkeitsaccepte gegeben werden, ist es der Vertrag, durch den der Trassant sich verpflichtet, entweder den Wechsel bei Verfall selbst einzulösen oder dem Acceptanten die Einlösungssumme auf den Verfalltag zu beschaffen, welcher dem Deckungsanspruch des letztern zu Grunde gelegt werden kann. In Fällen der letztern Art muß aber genau untersucht werden, ob die Gefälligkeit wirklich dem formellen Trassanten oder nicht etwa einer andern Person, einem auf dem Wechsel figurirenden Indossanten etc., der dann auch den Diskontobetrag erhielt, erwiesen werden wollte. Ferner kann der Acceptant das Accept dem Trassanten *schenkungsweise* geben und dann ist von einem Deckungsanspruch natürlich keine Rede. Das unterliegende Verhältniß kann aber auch noch anderer Natur sein.

2. Daraus folgt, daß die bloße Wechseleinlösung seitens des Bezogenen und Acceptanten zur Begründung des Deckungsanspruches durchaus nicht genügt, sondern zum Klagefundament der Nachweis eines dem Wechselgeben und Wechselnehmen zu Grunde liegenden zivilrechtlichen Verhältnisses nothwendig ist, aus dem die Pflicht des Trassanten zur Rückerstattung der Einlösungssumme hervorgeht. Eine Vermuthung für das Bestehen eines derartigen Rechtsverhältnisses exestirt nicht und es ist das mit Rücksicht auf den großen Umfang der heut zu Tage bestehenden Wechselreiterei kaum zu bedauern.

3. Mit diesen Ausführungen nun ist aber die Klagabweisung für den vorliegenden Fall so ziemlich von selbst gegeben. Denn der Kläger stützt seinen Anspruch einzig und allein auf den Trattenauftrag: „Zahlen Sie“, dieser Auftrag ist aber nicht gleichbedeutend mit dem zivilrechtlichen Mandat und ersetzt dasselbe nicht. (Siehe Blätter für handelsr. Entschd. Bd. VII Seite 231.) Die rechtliche Bedeutung der Trattenformel „Zahlen Sie“, — sagt ein Entscheid des deutschen Reichsoberhandelsgerichtes vom 29. Oktober 1872, abgedruckt in Wächters Encyclopädie des Wechselrechts, Ausgabe 1881, Seite 200, Anmerkung 6, mit Recht, — erschöpft sich vollkommen darin, daß sie einmal ein eigenes Wechselversprechen des Trassanten enthält, zweitens die äußere Veranlassung zu einem Wechselversprechen (Accept) oder zu einer Zahlungsleistung des Trassaten darstellt. Als bloße thatsächliche Veranlassung entbehrt sie eines bestimmten juristischen Charakters. Daß neben dem Trattenauftrag ein gewöhnliches zivilrechtliches Mandat des Beklagten an den Kläger erfolgt sei, ist gar nicht behauptet worden.

Die Haftpflicht

des Eigenthümers eines Werkes für den Schaden, der durch dieses in Folge fehlerhafter Anlage desselben verursacht worden ist. (Artikel 67 des Obl.-R.)

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 20. April 1889.

Die Stadt Winterthur ist Privateigenthümerin des Eulachflusses von dessen Ursprung bei Waldenstein bis zur Grenze des Stadtbannes zwischen Winterthur und Wülflingen. Ein Kanal aus der Eulach, dessen Wasser die Obermühle und die Vögelismühle betreibt, gehört laut Hofbeschreibungsprotokoll den Wasserwerkbesitzern, das Wasser darin aber ist als ein Bestandtheil der Eulach Eigenthum der Stadt und diese berechtigt, darüber zu verfügen, soweit es für die Betreibung der bestehenden Gewerbe nicht nöthig ist, sowie auch ohne Rücksicht auf dieses Bedürfniß für außergewöhnliche Ereignisse und jeden Samstag von 3—5 Uhr zur Ausschwemmung der Stadtkanäle. Der Kanaleinlauf wird durch eine in der Eulach befindliche, von der Stadt Winterthur erstellte und ihr eigenthümlich gehörende Falle, die sogenannte Stadtfalle, regulirt. In einem regierungsräthlichen Beschluß vom 26. Mai 1887 ist festgestellt, daß die Stadt unterlassen hat, bei Neuerstellung und Verlegung der Stadtfalle gleichzeitig eine Regulir- und Sperrfalle mit Leerlauf anzubringen und daß überdieß auch die Vorrichtung für den Fallenaufzug an der Stadtfalle unbrauchbar oder doch sehr mangelhaft sei. Der erwähnte Beschluß enthält deßhalb auch das Dispositiv: „Der Stadtrath Winterthur wird eingeladen, an der Stadtfalle die Aufziehvorrichtung so abzuändern, daß die Schwellladen jederzeit leicht aufgezogen werden können und am Kanaleinlauf Einrichtungen zu treffen, durch welche eine Ueberfüllung des Kanals und Ueberschwemmung des neben und unterhalb liegenden Gebietes künftig vermieden werden kann."

Der Kreisingenieur Spiller, von welchem die im soeben erwähnten regierungsräthlichen Beschluß enthaltenen Feststellungen herrühren, deponirte als Zeuge: Die Stangen an der Stadtfalle seien zu schwach, sodaß sie sich beim Herunterlassen der Falle krümmen können. Die Aufziehvorrichtung erfordere viel zu viel Kraftaufwand. Wenn die Falle nicht verbessert werde, so seien die untern Theile am Kanal nicht sicher vor Ueberschwemmung. Der regierungsräthlichen Einladung wurde nie nachgelebt.

In der Nacht vom 23. auf den 24. März 1887 schwoll die Eulach plötzlich an, die verschiedenen Personen, welche die Stadtfalle aufziehen und so den Einlauf des Wassers in den Kanal verhindern wollten, brachten dieses Vorhaben nicht zu Stande, weil sich die Stangen gekrümmt hatten und die Aufziehvorrichtung ohnehin zu viel Kraftaufwand erforderte. In Folge dessen lief der Eulachkanal über von der „Schleife gegen die Obermühle und Vögelismühle". Bei der letztern drang das Wasser in den Keller einer Jgfr. Sulzer und richtete daselbst einen Schaden an, der auf 743 Fr. 35 Rp. festgestellt wurde. Für diesen Schaden belangte die Geschädigte die Stadtverwaltung und siegte ob.

Gründe:

Die Haftpflicht der Stadtverwaltung ist begründet. Zwar trifft Art. 50 des O.-R., welcher mit Art. 62 und 64 daselbst in Verbindung zu bringen ist, auf den vorliegenden Fall nicht zu, denn es handelt sich hier nicht um gewerbliche Verrichtungen öffentlicher Beamter und Angestellter, bei deren Ausübung einer Privatperson Schaden zugefügt worden ist, wohl aber trifft Art. 67 des O.-R. zu: „der Eigenthümer eines Werkes hat für den Schaden Ersatz zu leisten, welchen dasselbe in Folge mangelhafter Unterhaltung oder fehlerhafter Anlage oder Herstellung verursacht." Daß unter einem „Werke" im Sinne dieser Gesetzesstelle auch eine Wasserleitung, ein Kanal, eine Schleuße oder Falle zu verstehen ist, unterliegt keinem Zweifel (siehe Schneider, Commentar zu Art. 67, Anmerkung 2) und daß der Staat oder die Gemeinde, welche Eigenthümerin eines solchen Werkes ist, gerade so haftet, wie jeder Privatmann, dürfte in Ermanglung einer die Haft des Staates oder der Gemeinde beschränkenden

Gesetzesbestimmung ebenfalls außer Zweifel stehen. Diese Haft wird nicht aufgehoben dadurch, daß der Eigenthümer die Aufsicht über das Werk dritten Personen übertragen hat; der Eigenthümer, hier die Stadtverwaltung Winterthur, wird dadurch von seiner Pflicht, den entstandenen Schaden zu ersetzen, nicht befreit, er kann in solchen Fällen unter Umständen lediglich diesen Dritten mit Regreß belangen.

Die Stadtverwaltung ist Eigenthümerin der Stadtfalle und die fehlerhafte Anlage der letztern hat den Schaden verursacht. Diese Folgerung ergibt sich aus dem regierungsräthlichen Beschluß vom 26. Mai 1887, dem Zeugniß des Kreisingenieur Spiller und aus der Thatsache, daß die Falle beim Nichtvorhandensein der durch diese Beweismittel festgestellten Mängel in der Anlage in der kritischen Nacht hätte vollständig gezogen und dadurch der Kanaleinlauf abgesperrt werden können, denn daß die Ueberschwemmung im letztern Fall nicht eingetreten wäre, anerkennt auch die Beklagte.

Verkehr im Kleinhandel.

Viehtausch mit Vereinbarung von Tauschaufgaben, für welche unter genauer Angabe des Schuldgrundes Schuldscheine ausgestellt worden sind. Klageweise Geltendmachung *mehrerer* solcher Schuldscheine.

Einrede, daß je der spätere Schuldschein, weil eine bloße Abänderung des in dem frühern dokumentirten Rechtsgeschäftes enthaltend, diesen letztern hinfällig gemacht habe. Gutheißung dieses Standpunktes.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 27. April 1889.

Laut Obligo vom *6. November 1885* gab der Landwirth Schuhmacher in Affoltern bei Höngg dem Viehhändler Simon Weil in Unterstraß eine braune Kuh gegen eine *gefleckte* und versprach ihm ein Aufgeld von *250 Fr.*, zahlbar mit Maitag 1886.

Laut einem zweiten Obligo vom *25. Januar 1886* gab Schuhmacher dem Weil ferner eine *gefleckte* Kuh gegen eine *gelbe* und versprach ein Aufgeld von *250 Fr.*

Ein drittes Obligo, datirt den *22. Februar 1886*, sagt, daß Schuhmacher dem Weil eine *gelbe* Kuh gebe gegen eine gelbgefärbte und demselben *340 Fr.* Aufgeld verspreche. Am Schlusse dieser Schuldurkunde heißt es: „Dieser Handel hat mit dem frühern Viehverkehr in keiner Weise Verbindung."

Am 30. April 1887 betrieb Weil den Schuhmacher für 790 Fr. (Gesammtbetrag der in den 3 Obligos genannten Tauschaufgaben), der Betriebene anerkannte aber nur 340 Fr. (Betrag des dritten Obligos) und wirkte für den Mehrbetrag Rechtsvorschlag aus. Aber auch bezüglich der 340 Fr. wurde der Rechtstrieb später gegen Deposition des Betrages sistirt, weil der Gläubiger das betreffende Obligo verloren haben wollte und der Audienzrichter fand, daß der Schuldner ohne dessen Herausgabe oder Amortisation nicht zur Zahlung angehalten werden könne. Eine zweite Betreibung für 450 Fr. (Betrag der beiden ersten Obligos) erfolgte am 8. Juni 1887, sie wurde aber durch Rechtsvorschlag gehemmt und ebenso wurde eine dritte Betreibung vom 22. Juni 1888 *für den nämlichen Betrag* bestritten. Dießmal stellte nun aber Weil ein Rechtsöffnungsgesuch, jedoch nicht für den ganzen Betreibungsbetrag von 540 Frkn., sondern nur für 200 Fr. (Betrag des ersten Obligos vom 6. November 1885). Sein Vertreter erklärte, die Summe von 540 Fr. beruhe auf einer irrigen Notiz, die er anläßlich der Zusammenstellung sämmtlicher Obligos des Weil auf Schuhmacher gemacht habe. *Das Obligo von 250 Fr. (das mittlere, vom 25. Jenner) sei nämlich in einem spätern Kaufgeschäft verrechnet und demgemäss zurückgegeben oder vernichtet worden.* Schuhmacher wendete ein, dass nicht nur das 250 Fr. Obligo, sondern auch das 200 Fr. Obligo hinfällig geworden sei, was sich aus folgender Darstellung ergebe: Die Fleckkuh, die er am 6. November 1885 von Weil erhalten habe, sei von ihm wegen eines erheblichen Fehlers zurückgeboten worden und habe er *an deren Stelle* eine gelbe Kuh erhalten gegen Erhöhung des ursprüng-

lich versprochenen Aufgeldes von 200 Fr. auf 250 Fr. Das erste Obligo hätte ihm also gegen Ausstellung des zweiten zurückgegeben werden sollen, was ihm auch versprochen, aber nicht gehalten worden sei. Aber auch die zweite gelbe Kuh sei von ihm, weil sie an einer Lungenentzündung gelitten, zurückgeboten worden und er habe *an deren Stelle* die gelbgefärbte Kuh erhalten gegen Erhöhung des Aufgeldes von 250 Fr. auf 340 Fr., für welchen Betrag das dritte Obligo ausgestellt worden sei. Auch das zweite Obligo von 250 Fr. habe er trotz Versprechen nie zurückerhalten. Weil gab zu, daß ein solches Obligo bestanden habe, wollte es aber nicht mehr besitzen. Das Rechtsöffnungsgesuch für die 200 Fr. wurde abgewiesen.

Nunmehr betrat Weil den ordentlichen Prozeßweg. Er klagte die 200 Fr. laut dem Obligo vom 6. November 1885 und die 340 Fr. laut dem Obligo vom 22. Februar 1886 ein. Den letztern Betrag anerkannte Schuhmacher sofort in der Meinung, daß Kläger das bezügliche Depositum beziehen könne, womit dieser einverstanden war. Dagegen bestritt derselbe neuerdings die Schuldpflicht bezüglich der 200 Fr. unter Wiederholung der erwähnten Darstellung, die noch dahin verstärkt wurde, daß im Obligo vom 25. Jenner 1886 gesagt sei, es sei damit das eingeklagte vom 6. November 1885 getilgt. Persönlich befragt, behauptete nun Weil auf einmal, es habe überhaupt nie ein Obligo von 250 Fr. existirt und er daher ein solches seinem Vertreter im summarischen Verfahren auch nicht vorgelegt.

Das Gericht gab ihm aber gleichwohl die Edition auf, ansonst angenommen würde, es enthalte dasselbe bezüglich des eingeklagten Obligos von 200 Fr. de dato 6. November 1885 die behauptete Löschungsklausel. Das wirkte, die Edition erfolgte, die Löschungsklausel aber fehlt. *Gleichwohl wurde die Klage zweitinstanzlich abgewiesen.*

Gründe:

1. Der Streit dreht sich nur noch um die Schuldpflicht bezüglich der 200 Fr. aus dem Obligo vom 6. November 1885 und die Entscheidung hängt lediglich davon ab, ob die Darstellung des Beklagten, daß das zweite Tauschgeschäft vom 22. Jenner 1886 in Wirklichkeit nicht ein selbständiges Rechtsgeschäft, sondern nur eine Remedur des ersten Tauschgeschäftes vom 6. November 1885 in dem Sinne gewesen sei, daß er an Stelle der mit Mängeln behafteten Fleckkuh gegen Erhöhung des Aufgeldes von 200 Fr, auf 250 Fr. eine gelbe Kuh erhalten habe, richtig ist oder nicht. Denn ist die Darstellung richtig, so folgt daraus von selbst, daß das der Forderung von 200 Fr. zu Grunde liegende Obligo vom 6. November 1885 durch die Ausstellung desjenigen vom 25. Januar 1886 dahingefallen ist und folglich dessen Geltendmachung, währenddem es hätte zurückgegeben werden sollen, die Einrede der Arglist entgegensteht. Es darf nun aber mit aller Beruhigung angenommen werden, daß die Darstellung des Beklagten wirklich auf Wahrheit beruht.

2. Zunächst hat der Kläger die ganz detaillirte Darstellung des Beklagten über Veranlassung und Charakter der zwei letzten Rechtsgeschäfte als bloße Abänderungen des jeweilen vorhergegangenen nur *ganz allgemein* bestritten, ohne auf die Detailangaben irgendwie einzutreten, ein Umstand, der schon für sich allein verdächtig ist. Ferner ist außer allen Zweifel gestellt, daß die Darstellung des Beklagten betreffend den Untergang des zweiten Obligos von 250 Fr. vom 25. Januar 1886 durch die Errichtung desjenigen vom 22. Februar 1886 von 340 Fr. richtig ist. Denn das hat der Vertreter des Beklagten im summarischen Verfahren des deutlichsten anerkannt durch die Erklärung, das Obligo von 250 Fr. sei nämlich in einem spätern Kaufsgeschäfte verrechnet und demgemäß vernichtet oder zurückgegeben worden. Die Verrechnung kann nur bei Errichtung des Obligos vom 22. Februar 1886 und nur in der vom Beklagten behaupteten Art stattgefunden haben, weil nur noch *ein* späteres Rechtsgeschäft erfolgt ist, aus dem der Beklagte wieder *Schuldner* und nicht Gläubiger wurde, also auch die frühere Schuld nicht mit einem Guthaben decken konnte und weil eine Verrechnung *in diesem ihrem eigentlichen Sinne* auch am 22. Februar 1886 nicht möglich war, sondern nur eine

Verrechnung in dem Sinne, daß die erste Schuld zur neuen hinzugenommen und für das Ganze ein einheitlicher neuer Schuldschein ausgestellt wurde. Der Kläger hat eingesehen, daß jene Zugabe seines Vertreters im summarischen Verfahren für ihn verhängnißvoll werden könnte und er ist deßhalb im gegenwärtigen Prozeß auf die unglückliche Idee gekommen, die Existenz des Obligos vom 25. Jenner 1886 einfach abzuleugnen bis ihn das Editionsverfahren zur Vorlage zwang und nachdem diese erfolgt und damit festgestellt war, daß eine Rückgabe oder Vernichtung dieses Titels nie stattgefunden hatte, nahm der Kläger den bezeichnenden Standpunkt ein, daß derselbe eigentlich noch zu Recht bestehe, aber auf dessen Geltendmachung mit Rücksicht auf die Erklärung im summarischen Verfahren verzichtet werde. Mitbestimmend zur Ableugnung des zweiten Obligos vom 25. Jenner 1886 war offenbar auch das Bestreben, den ersichtlichen, die Darstellung des Beklagten von vornherein unterstützenden Zusammenhang zwischen den 3 Schuldscheinen zu zerstören. Dieser Zusammenhang ergibt sich insofern aus der Bezeichnung der Kühe, als diese beweist, daß der Beklagte am 25. Jenner 1886 einfach die am 5. November 1885 erhaltene und am 22. Februar 1886 die am 25. Jenner erhaltene Kuh zurückgegeben hat, diese Thatsache aber unterstützt gewiß wieder die Darstellung des Beklagten, wonach das folgende Rechtsgeschäft je nur eine Modifikation des frühern war. Mit der Zerreißung des Zusammenhanges zwischen den einzelnen Schuldscheinen hoffte endlich der Kläger wohl auch den Schlußsatz des dritten Obligos zu stärken. Endlich kommt hinzu, daß die Annahme, es bestehen die 3 Schuldscheine selbständig neben einander, zu dem Resultate führen würde, daß der Beklagte vom Kläger eine einzige Kuh erhalten hätte gegen Uebergabe einer andern und gegen das Versprechen einer Geldleistung von zusammen 790 Fr., sodaß ihn diese eine Kuh, wenn man die von ihm gegebene auch nur zu 250 Fr. anschlägt, auf 1040 Fr. zu stehen käme, d. h. auf einen Preis, für den man hier zu Lande die *zwei* allerschönsten Kühe kauft. Hätte also der *Kläger* mit seiner Darstellung recht, so müßte wohl auch die Frage aufgeworfen werden, ob nicht ein wucherhaftes Geschäft vorliege.

4. Dieser Beweisführung gegenüber kann der Schlußsatz des Obligos vom 22. Februar 1886 nicht mehr ernstlich in Betracht kommen. Seine Unwahrheit ist festgestellt, sobald er besagen soll, daß die frühern Obligos neben dem letzten noch selbständige Bedeutung haben. Der Kläger wird ihm beim Niederschreiben, für sich allerdings diesen Sinn beigelegt haben, aber daß er das dem Beklagten auch erklärt habe, ist keineswegs selbstverständlich und nach den bekannten Praktiken gewisser Händler nicht zu verwundern, wenn er ihm gegenüber eine gerade gegentheilige Auslegung entwickelt hat und dieser in seiner Vertrauensseligkeit Alles in Ordnung fand.

Polizeiübertretungen,

welche sich im Laufe einer gerichtlichen Prozedur ergeben (§ 1069 des Rechtspflegegesetzes). Verjährung derselben (§ 1041 des Rechtspf.-G.). Von einer Unterbrechung dieser Verjährung kann nur auf Grund und nach Maßgabe des § 55 des Strafgesetzbuches gesprochen werden.

Kassationsgericht Zürich, 15. April 1889, i. S. der Frl. Zünd.

Mit Eingabe vom 18. Juni 1888 an das Bezirksgericht Zürich hat das Statthalteramt Zürich, Abtheilung Strafsachen, gegen Friedericke Zünd von Altstätten (St. Gallen), wohnhaft in Fluntern, die Anklage erhoben, sie habe kurz vor Weihnachten 1887 bei der Behandlung des Malers Max Bäck in Fluntern nach Baunscheidtischer Heilmethode der fahrlässigen Körperverletzung im Sinne des § 141 des Strafgesetzbuches sich schuldig gemacht, indem Bäck durch sie in Lebensgefahr und ungefähr 8 Wochen dauernde Arbeitsunfähigkeit versetzt worden sei.

Die Untersuchung, welche zu dieser Anklage geführt hat, wurde eingeleitet auf Grund

einer Denunziation, welche unterm *28./30 Januar 1888* ein Arzt in Oberstraß der zürcherischen Sanitätsdirektion schriftlich eingereicht hatte. Die Anzeige beim Statthalteramte, Abtheilung für Strafsachen, erfolgte auf schriftlichem Wege am 14. Februar gl. J. im Auftrage der Sanitätsdirektion durch den Adjunkten des Bezirksarztes. Bei der ersten Einvernahme, welche am 20. März 1888 stattfand, wurde der Angeschuldigten eröffnet, daß sie zugleich der betreffenden kompetenten Behörde zur polizeilichen Bestrafung auf Grund der §§ 1 und 42 des Gesetzes betreffend das Medizinalwesen überwiesen werde. Die Zulassung der Anklage beim Bezirksgerichte Zürich wurde am *19. Juni 1888* verfügt.

Sowohl erst- als zweitinstanzlich wurde die Angeklagte der fahrlässigen Körperverletzung *nicht* schuldig befunden und in dieser Beziehung freigesprochen. Dagegen hat die Appellationskammer des Obergerichtes durch Erkenntniß vom 14. Februar 1889 dieselbe der Uebertretung des § 1 des Medizinalgesetzes schuldig erklärt und ihr eine Polizeibuße von 100 Fr. aufgelegt.

Die Verurtheilte focht dieses Urtheil mit der Nichtigkeitsbeschwerde an, weil die Polizeiübertretung, deren sie schuldig erklärt worden, bei Erlaß des condemnirendes Erkenntnisses gemäß § 1041 des Rechtspflegegesetzes längst verjährt gewesen sei und somit der Nichtigkeitsgrund der Verletzung materieller Gesetzesvorschriften vorliege (§ 1091 Ziff. 6 des Rechtspflegegesetzes).

Die Nichtigkeitsbeschwerde wurde gutgeheissen und das angefochtene Urtheil aufgehoben.

Gründe:

1. Die Appellationskammer des Obergerichtes gibt in der Begründung des angefochtenen Urtheils zu, daß die in § 1041 des Rechtspflegegesetzes bestimmten Verjährungsfristen allerdings verstrichen seien; dagegen hat sie angenommen, die Verjährung sei unterbrochen worden durch die gegen die Angeklagte bereits im Frühjahr 1888 angehobene Strafuntersuchung.

2. Diese Annahme muß indessen als unrichtig bezeichnet werden. Denn wenn auch richtig ist, daß im Allgemeinen in der Anklage wegen eines Vergehens die eventuelle Verzeigung wegen einer Polizeiübertretung inbegriffen und gemäß § 1069 des Rechtspflegegesetzes das zur Beurtheilung des Vergehens berufene Gericht auch zur Untersuchung und Beurtheilung der Polizeiübertretung competent ist, wenn sich die letztere erst im Laufe der Prozedur ergibt und die Sache nicht bereits von der zuständigen Polizeibehörde an Hand genommen ist, so muß dem doch entgegengehalten werden, daß im vorliegenden Falle die Polizeiübertretung zur Zeit ihrer Beurtheilung längst verjährt war und eine Unterbrechung dieser Verjährung *binnen der im § 1040 des Rechtspflegegesetzes normirten dreimonatlichen Verjährungsfrist* nicht stattgefunden hatte. Eine solche Unterbrechung greift gemäß § 55 des Strafgesetzbuches nur Platz in Folge einer wegen der begangenen That gegen den Thäter gerichteten Handlung des *Richters*. Die erste richterliche Handlung aber hat mit der Verfügung betreffend die Zulassung der Anklage beim Bezirksgericht Zürich erst am 19. Juni 1888 stattgefunden, mehr als 4 Monate nach dem Zeitpunkt der Entdeckung der Polizeiübertretung (28./30. Januar gl. J.).

3. Gegenüber der Einwendung, daß der § 55 des Strafgesetzbuches mit Bezug auf Polizeiübertretungen nicht angerufen werden könne, da das Strafgesetz nur auf Verbrechen (Vergehen), nicht auch auf Polizeiübertretungen Anwendung finde, ist zu erwidern, daß von einer Unterbrechung der Verjährung überhaupt nur gestützt auf diese Gesetzesstelle bezw. in analoger Anwendung derselben gesprochen werden kann, weil sonst nirgends von einer Unterbrechung der Verjährung von Polizeiübertretungen die Rede ist. Muß man sich aber, um überhaupt von einer Unterbrechung der Verjährung reden zu können, nothwendigerweise auf die mehrfach citirte Gesetzesstelle berufen, so darf dieß nicht nur nach dieser einen Richtung geschehen, sondern es ist dann diese selbstverständlich in allen ihren einzelnen Bestimmungen, also speziell auch mit Bezug darauf maßgebend, daß nur eine *richterliche*

Handlung den Effect einer solchen Unterbrechung hervorzurufen vermag.

4. Für den vorliegenden Fall aber kommt noch ganz besonders in Betracht, daß von einer Unterbrechung der zugegebenermaßen eingetretenen Verjährung *durch Anhebung der Strafuntersuchung* um so weniger die Rede sein kann, als ja laut der vom Untersuchungsbeamten der Angeschuldigten im ersten Verhöre gemachten Eröffnung, zur polizeilichen Bestrafung eine Ueberweisung an die betreffende kompetente Behörde stattfinden sollte und demgemäß richtigerweise die Strafuntersuchung in ihrem ganzen Verlaufe auch nicht im geringsten auf die der Polizeiübertretung zu Grunde liegende Handlung, welche eine ganz andere war als die das Fundament der Strafklage bildende, gerichtet war. Eine Ueberweisung an die zuständige Polizeibehörde aber hat nicht stattgefunden.

6. Die Verurtheilung der Beschwerdführerin stellt sich somit als eine Verletzung materieller Gesetzesvorschriften dar.

Prozessentschädigung.

Der Begründung eines Rekursalentscheides der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes vom 27. April 1889 entnehmen wir folgende, auf die Ausmittlung der Prozeßentschädigungen bezügliche allgemeine Bemerkungen:

Gemäß § 275 des Rechtspflegegesetzes ist im zürcherischen Prozeßverfahren die Festsetzung der Prozeßentschädigung Sache des freien richterlichen Ermessens. Der Richter ist weder an bestimmte Tarife noch durch positive gesetzliche Vorschriften gebunden und es besteht namentlich in unserm Gesetze keine Bestimmung des Inhaltes, daß die unterliegende Partei die obsiegende nach Maßgabe der von dieser eingereichten Kostennote zu entschädigen hätte, wie das in andern Kantonen, z. B. Bern der Fall ist. Die Parteien sind allerdings auch bei uns *berechtigt*, dem Richter vor Ausfällung des Urtheils Rechnung vorzulegen über ihre außergerichtlichen Kosten und Auslagen, allein diese Befugniß schließt die Freiheit des Richters in Festsetzung der Entschädigung nicht aus, sondern verfolgt lediglich den Zweck, ihm bei Ausmessung der letztern als Wegleitung zu dienen. Die Meinung des Gesetzes ist also keineswegs die, daß überall da, wo dem Richter eine solche Rechnung eingereicht wird, derselbe die Prozeßentschädigung nach Mitgabe jener zu berechnen habe, sondern lediglich die, daß wo durch solche Rechnungen *ausserordentliche* Auslagen in der betreffenden Sache nachgewiesen werden, solche in der Festsetzung der Aversalentschädigung ganz oder theilweise berücksichtigt werden sollen.


Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.



15. Juni 1889. VIII. Band. № 11.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die „Amerikanische Schweizer-Zeitung", 18 Ann Str., New-York.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Handelsgericht Zürich,
26. April 1889.
Weinberger contra Bruppacher.

Kauf.

Kaufpreisklage. Einrede des Käufers, daß er nur unter gleichzeitiger Zusicherung des Alleinverkaufes im Kanton Zürich gekauft habe und wegen Nichthaltung dieser Zusicherung an den Kauf nicht mehr gebunden sei. Mängelrüge.

Der Kläger, Konrad Weinberger in Nürnberg, fabrizirt eine Spezialität von Bettlüftern und Bettstellen. Anfangs Juli 1888 kam sein Reisender, Paul Eicheler, nach Zürich, um Bestellungen in diesem Artikel aufzunehmen. Am 2. Juli Nachmittags um 5 Uhr sprach er beim Beklagten Bruppacher, Inhaber eines Ausstattungsgeschäftes auf dem hiesigen Platze, vor, wurde aber ersucht, am folgenden Morgen wieder zu kommen. Nun ging Eicheler, — so deponirt er in seiner Einvernahme als Zeuge, — zur Firma Meili und Bryner. Diese haben eine feste Bestellung ertheilt und sich um den Alleinverkauf beworben, Zeuge aber bemerkt, er sei zu Bruppacher bestellt und wolle zuerst sehen, was er dort für ein Geschäft machen könne.

Am 3. Juli, Morgens 7 Uhr, stellte sich Eicheler bei Bruppacher ein und es deponirt nun derselbe über das, was dann gesprochen und abgemacht wurde, Folgendes: Nach einigen Auseinandersetzungen über die Zweckbestimmung der Bettlüfter sei Bruppacher nicht abgeneigt gewesen, eine Bestellung zu machen, sofern ihm der Alleinverkauf für den Kanton Zürich übertragen werde. Eicheler habe erwidert, er könne den Alleinverkauf nur bei einer *grössern* Bestellung vergeben und Bruppacher gerathen, von den gangbaren Sorten je 3 Dutzend und von den weniger gangbaren je 1 Dutzend zu nehmen; in diesem Sinne habe er eine Collection von 420 Stück zusammengestellt. (Die bezügliche Zusammenstellung auf einem *un*unterschriebenen Bestellschein liegt bei den Akten.) Während sie nun noch über die Ausfüllung der vom Kläger zu liefernden Plakate gesprochen, sei Bruppacher hinausgerufen worden. Nach ungefähr 10 Minuten sei derselbe zurückgekommen und habe nun erklärt, er verzichte auf die ganze Bestellung, seine Frau sei damit nicht einverstanden. Auf sein, des Zeugen Zureden, er möge es für einmal mit einer kleinern Bestellung versuchen, *nur könne dann das Recht des Alleinverkaufes nicht eingeräumt werden*, habe Bruppacher sich schließlich zu einer Bestellung von 60

Stück verstanden und noch bemerkt: „Nun wollen wir doch sehen, wer mehr verkauft, ob ich oder Meili und Bryner.“ Bei dieser Unterredung zwischen ihm und Bruppacher sei Niemand zugegen gewesen als eine Zeit lang die Tochter des Letztern.

Unbestrittene Thatsache ist, daß der Beklagte schließlich einen Bestellschein unterzeichnete, worauf 60 Stück Bettlüfter von 12 verschiedenen Sorten notirt sind, von Einräumung des Alleinverkaufsrechtes aber nichts gesagt ist. Im Uebrigen aber erklärt der Beklagte die Darstellung des klägerischen Reisenden, die natürlich auch diejenige des Klägers selbst ist, für unrichtig und stellt derselben folgende andere Darstellung gegenüber:

Eicheler habe ihm sofort den Alleinverkauf offerirt und damit den Rath verbunden, die von ihm (dem Reisenden) auf einem Bestellschein zusammengestellte Collection anzuschaffen. Er sei auf den Alleinverkauf eingegangen, habe dagegen sofort Bedenken geäußert mit Bezug auf den gewünschten Umfang der Bestellung und sei darin von seinen Angehörigen, mit denen er kurz Rücksprache genommen, bestärkt worden. Die Bedenken seien zweifacher Art gewesen. Einmal habe er nirgends genügend Platz gehabt, um die fraglichen Möbel in größerer Zahl unterzubringen, und sodann habe er zuerst prüfen wollen, wie sich die Fabrikate in Wirklichkeit repräsentiren und ob ein ordentlicher Absatz zu erwarten sei. Diese Auseinandersetzungen haben dem Reisenden denn auch sofort eingeleuchtet und sei darauf von ihm der Bestellschein im Sinne der Vereinbarung ausgefüllt worden, ohne auch nur ein Wort davon zu erwähnen, daß die Einräumung des Alleinverkaufsrechtes annullirt sei. Erst jetzt sei Eicheler mit der Eröffnung hervorgetreten, daß er auch bei Meili und Bryner eine Bestellung aufgenommen, sich aber dabei noch ein Hinterthürchen offen behalten habe, worauf er, Bruppacher, sofort erwidert habe, daß er unter diesen Umständen auf jede Bestellung verzichte. Allein der Reisende habe ihn mit den Worten beschwichtigt, so sei es nicht gemeint, wenn er nur mit dem einen oder andern der beiden Conkurrenten Geschäfte machen könne, ziehe er ihn, Bruppacher, vor und werde er daher sofort zu Meili und Bryner gehen, um die Bestellung rückgängig zu machen. Schließlich sei von ihm die Zusicherung gegeben worden, daß er sich alle Mühe geben wolle, möglichst viele Geschäfte zu machen und zwar mit dem Beifügen: „Nun wollen wir doch sehen, daß ich Ihnen mehr verkaufe, als dieß Meili und Bryner möglich gewesen wäre.“ Beim Weggehen habe Eicheler noch versprochen, dafür sorgen zu wollen, daß die Abmachung sofort durch sein Haus bestätigt werde. Als Zeugen für diesen Hergang werden angerufen der Lehrknabe August Lier und der Sohn des Beklagten, Ernst Bruppacher. Unmittelbar nach dem Weggang des Reisenden sei er in den Laden gegangen und habe seinen Arbeiterinnen eröffnet, für welchen neuen Artikel er soeben den Alleinverkauf erworben habe, wofür die betreffenden Personen als Zeugen angerufen werden.

Von diesen Zeugen wurde nur der Lehrknabe Lier einvernommen, der die Darstellung seines Lehrherrn im Wesentlichen bestätigte. Er will die Unterredung zwischen Bruppacher und dem Reisenden von seinem Arbeitspult aus gehört haben, denn zwischen diesem und dem Raum, wo die Unterredung stattgefunden habe, befinde sich nur ein kleines Brustwändchen.

Mit Brief vom 9. Juli verdankte der Kläger die seinem Reisenden Paul Eicheler ertheilte Bestellung, die dann am 21. Juli zur Fakturirung und Effectuirung gelangte. Mit Brief vom 28. Juli bestätigte der Beklagte den Empfang der Sendung, beifügend: „muß Sie nun aber um die schriftliche, mir von Ihrem Reisenden versprochene Zusicherung des Alleinverkaufs im Kanton Zürich bitten. Ich kann und mag diesen Artikel unmöglich forciren, wenn derselbe in jedem kleinen Laden zum Verkauf ausgestellt ist.

In einem folgenden Brief vom 31. Juli drückte der Beklagte, welcher indessen die Waare ausgepackt hatte, sein Erstaunen darüber aus, wie der Kläger es über sich bringen könne, ein solch flüchtig gearbeitetes Fabrikat über die Grenze zu schicken etc. Die Stäbe sind ein großer Theil krumm; was vernickelt sein sollte, ist gelb, die weiß sein

sollenden Nägel ebenfalls, das Verzinnte schwarz und mangelhaft, das Angestrichene nicht weniger.

Da der Beklagte auf eine Anfrage, ob er die Sendung unter Nachnahme der ausgelegten Spesen retourniren oder in Dritthand legen solle, nicht sofort Antwort erhielt, eröffnete er dem Kläger mit Brief vom 3. August, daß er keine bezüglichen Weisungen mehr abwarte, sondern die Waare zu Klägers Verfügung ins hiesige Kaufhaus lege. Gleichzeitig beschwerte er sich auch darüber, daß das klägerische Haus trotz des Versprechens seines Reisenden ihm weder eine Commissionscopie habe zugehen lassen noch die schriftliche Bestätigung, daß ihm der Alleinverkauf unbedingt übertragen sei und daß allfällige anderweitige auf hiesigem Platze aufgenommene Bestellungen rückgängig gemacht werden.

Im Anschlusse an ein Schreiben, das der Reisende Paul Eicheler an den Beklagten richtete und worin gesagt war, daß er die Zusicherung des Alleinverkaufs keineswegs gegeben, sondern nur für den Fall *grösserer* Abnahmen in Aussicht gestellt habe, wies der Kläger den Vorwurf, daß sein Fabrikat flüchtig gearbeitet sei, zurück und drohte, als der Beklagte auf seiner Annahmeverweigerung beharrte, mit gerichtlichem Vorgehen. Er reichte dann auch wirklich Klage ein und zwar die Kaufpreisklage, mit welcher die Zahlung der Fakturasumme von 807 Mark oder 1002 Fr. 30 verlangt wurde.

Der Beklagte machte geltend:

1. Die Bestellung sei nur unter der Bedingung erfolgt, daß ihm der Alleinverkauf zugesichert werde; dieß sei aber nicht geschehen und folglich das Rechtsgeschäft nicht perfekt geworden.
2. Eventuell sei der Kauf wieder rückgängig zu machen, weil den gelieferten Waaren erhebliche Mängel anhaften.

Der Gerichtsexperte sprach sich theils in schriftlichem, theils in ergänzendem, mündlichem Gutachten wie folgt über die Beschaffenheit der gelieferten Bettlüfter aus:

Krumme Stäbe seien keine zu konstatiren, der Inhalt des Reklamationsbriefes in dieser Richtung also unrichtig. Dagegen lasse die Vernickelung und Verzinnung der Gestelle allerdings zu wünschen übrig; sie könnte besser sein. Die Bezeichnung „hochfein“ oder „elegant“ verdienen die Bettlüfter schon der unschönen Vernickelung und Verzinnung wegen nicht. Indessen lege er gleichwohl kein besonderes Gewicht auf diese Ausstellung, denn weder der Zustand der Vernickelung noch derjenige der Verzinnung habe einen wesentlichen Einfluß auf die Brauchbarkeit der Bettlüfter und vermindere die mangelhafte Vernickelung und Verzinnung namentlich die Tauglichkeit zum Wiederverkauf keineswegs. Denn es handle sich ja nicht um ein Schaustück, sondern um einen hausräthlichen Gegenstand. Der Anstrich sei ein gewöhnlicher. Im Allgemeinen dürfte auch die Solidität der Bettlüfter größer sein, er bezweifle diese namentlich bei den Bettgestellen No. 16, an denen zu mehrerer Sicherheit ein Querstab hätte angebracht werden sollen. Der Hauptfehler aber liege in der Unsolidität der Gurten bezw. in der mangelhaften Art ihrer Befestigung. An einzelnen Stellen seien die Gurten bereits zerrißen. Gleichwohl könne die Waare nicht als unbrauchbar oder unverkäuflich bezeichnet werden. Er glaube auch nicht, daß die Bettlüfter in Folge der von ihm gerügten Mängel einen wesentlichen Minderwerth haben, er würde diesen im Ganzen auf höchstens 5 % anschlagen.

Zur Verdeutlichung ist noch zu bemerken, daß der Bestellschein ein gedrucktes Formular ist und die einzelnen Sorten (Kreuzlüfter No. 3, Doppelkreuzlüfter No. 4, Aufklapplüfter No. 5 etc.) eingetheilt sind in:

verzinnt, einfach ausgerüstet,
verzinnt, besser ausgestattet,
lackirt, elegant ausgestattet, und
vernickelt, fochfein und mit Quasten.

Von jeder dieser Haupt- und Unterarten hat der Beklagte eine gewisse Anzahl bestellt.

Die Kaufpreisklage wurde in vollem Umfange gutgeheissen.

Gründe:

1. Der Kaufpreisklage steht die Einrede des nicht oder nicht gehörig erfüllten Vertrages entgegen. Der Beklagte behauptet nämlich in erster Linie, die Verpflichtung des Klägers habe nicht nur darin bestanden, eine

gewisse Quantität Bettlüfter zu den vereinbarten Preisen zu liefern, sondern es habe dem Verkäufer nach der Kaufsabrede weiter obgelegen, dem Käufer das Privileg des Alleinverkaufes für den Kanton Zürich zu übertragen. Diese Verpflichtung habe der Kläger nun aber nicht erfüllt, beziehungsweise derselben zuwidergehandelt, indem er sein Fabrikat auch an andere hiesige Firmen abgesetzt habe; somit könne derselbe nach dem Inhalt und der Absicht des Vertrages auch vom Käufer nicht Erfüllung fordern.

In zweiter Linie wird geltend gemacht, die Waare sei mit erheblichen Mängeln behaftet, welche den Beklagten berechtigen, den Kauf rückgängig zu machen.

2. Gegen die Darstellung des Beklagten, wonach ihm der Reisende des Klägers das Recht des Alleinverkaufes auch für die kleinere Bestellung von 60 Stück zugesichert haben soll, spricht nun vor Allem der Umstand, daß der Bestellschein hievon nichts erwähnt, obschon diese Vereinbarung einen wesentlichen Bestandtheil des Vertrages gebildet haben soll. Der Beklagte hat zwar behauptet und zum Beweise verstellt, daß der Reisende bei Aufnahme der Bestellung versprochen habe, dafür zu sorgen, daß jene Abmachung betreffend den Alleinverkauf sofort durch sein Haus schriftlich bestätigt werde; so ließe sich allerdings erklären, weßhalb der Beklagte nicht darauf beharrte, daß eine bezügliche Bestimmung in den Bestellschein selbst aufgenommen werde. Nun ist aber die Bestätigung der Bestellung Seitens des Klägers mit Brief vom 9. Juli 1888 erfolgt, ohne daß darin der Alleinverkauf erwähnt worden wäre. Es ist nun gewiß auffallend, daß der Beklagte, wenn er hierauf so viel Gewicht legte, die fragliche Zusicherung nicht sofort reklamirte, sondern jene Abmachung erst geltend machte, als ihm die Sendung bereits zugekommen war. Dieses Stillschweigen läßt sich mit der Behauptung des Beklagten, er habe die Bestellung davon abhängig gemacht, daß ihm der Alleinverkauf übertragen werde, kaum vereinbaren.

3. Jedenfalls ist es unter diesen Umständen Sache des Beklagten, den Nachweis zu erbringen, daß die schriftliche Vertragsurkunde den Willen der Kontrahenten unvollständig wiedergebe, daß ein Mehreres vereinbart worden sei als im Bestellschein stehe. Diesen Beweis hat er anerboten durch Anrufung von Zeugen über den Hergang der Unterredung vom 3. Juli 1888 und über Aeußerungen, welche er unmittelbar nachher seinen Angestellten gegenüber gethan habe. Die Beweisabnahme war jedoch zu beschränken auf die Einvernahme des Lehrlings des Beklagten und des vom Kläger für den Gegenbeweis als Zeugen angerufenen Paul Eicheler. Der Sohn des Beklagten war gemäß § 366 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege als Zeuge nicht zulässig und durfte auch nicht im Sinne des Absatz 2 dieser Gesetzesbestimmung abgehört werden, da sein Zeugniß zur Erhärtung bestrittener Thatsachen und nicht bloß zur Aufklärung dienen sollte. Die übrigen Angestellten des Beklagten waren nicht sowohl für den Inhalt der Unterredung zwischen dem Beklagten und dem Reisenden des Klägers angerufen, als vielmehr für den gewiß unerheblichen Beweissatz, daß der Beklagte nach dem Weggang des Reisenden seinen Angestellten im Laden eröffnet habe, für welchen neuen Artikel er soeben den Alleinverkauf erworben habe.

4. Das Resultat der heutigen Zeugeneinvernahme ist nun aber ein negatives, indem den Aussagen des Lehrknaben Lier, welcher in der Hauptsache die Darstellung des Beklagten bestätigt, das Zeugniß des Reisenden Eicheler gegenüber steht und dem einen so viel oder so wenig Glauben beizumessen ist wie dem andern. Es hat das zur Folge, daß der Inhalt des Bestellscheines als maßgebend zu betrachten ist und hienach hat der Kläger seine vertraglichen Verpflichtungen erfüllt, sofern er vertrags- und gesetzesgemäß beschaffene Waare geliefert hat.

5. Die Expertise, welche die Begründetheit der vom Beklagten erhobenen Mängelrüge untersuchen sollte, ist nun aber ebenfalls zu seinen Ungunsten ausgefallen.

Zwar gibt der Experte zu, daß die Ausstellungen, welche der Beklagte in seinem Briefe vom 31. Juli 1888 mit Bezug auf die Vernickelung, die Verzinnung und den Anstrich der streitigen Bettgestelle gemacht hat,

nicht ohne Grund seien; er bemängelt ferner im Allgemeinen die Solidität der Bettlüfter, stellt dann aber in Abrede, daß dieselben für ihre Zweckbestimmung unbrauchbar oder unverkäuflich seien, er gibt auch nicht zu, daß die Waare in Folge der ihr anhaftenden Mängel irgendwie erheblich minderwerthig sei.

Wenn der Experte sich in seinem Gutachten zunächst dagegen ausspricht, daß die Bettlüfter die Bezeichnung „hochfein“ oder „elegant“ verdienen, welche Ausdrücke in den gedruckten Preislisten vorkommen, so ist hiezu folgendes zu bemerken:

Es könnte das Nichtzutreffen dieser Bezeichnung nur dann einen Nachwährschaftsanspruch begründen, wenn davon auszugehen wäre, daß damit hinsichtlich der Qualität der Waare besondere Zusicherungen haben gegeben werden wollen; dies ist aber offensichtlich nicht der Fall. Ein Blick in die Preislisten zeigt vielmehr, daß diese Ausdrücke lediglich verschiedene Grade der Ausstattung bedeuten, so werden die lackirten Gestelle im Gegensatz zu den verzinnten als elegant ausgestattet, die vernickelten als hochfein ausgestattet bezeichnet. So unrichtig und unzutreffend diese Bezeichnung objektiv sein mag, so hat sie auf den Umfang der Haftung des Klägers keinen Einfluß, weil sie sich eben doch nicht als etwas anderes qualifizirt denn als Reclame und nicht als verbindliche Zusage einer Eigenschaft, für welche der Verkäufer aufzukommen hätte. Es kommt somit einzig in Frage, ob die streitigen Bettlüfter denjenigen Erfordernissen entsprechen, welche an Waaren mittlerer Art und Güte, sogenanntes Kaufmannsgut, gestellt werden dürfen, und diese Frage ist zu bejahen.

6. Die Ausstellungen, zu welchen sich der Experte mit Bezug auf die Solidität der Gestelle, insbesondere die Befestigung der Gurten, veranlaßt sah, müssen außer Betracht fallen, weil in dieser Hinsicht eine Bemängelung Seitens des Beklagten nicht erfolgt ist. Das Reklamationsschreiben vom 31. Juli 1888 erwähnt außer der Mangelhaftigkeit der Vernickelung, der Verzinnung und des Anstriches nur noch, daß ein großer Theil der Stäbe krumm sei, wovon der Experte nichts weiß; es ist daher die Annahme gerechtfertigt, daß der Beklagte im Uebrigen die Construktion der Bettlüfter in Ordnung gefunden habe, namentlich was deren Haltbarkeit betrifft. Wenn aber auf den Mangel an Solidität, welcher vom Experten in den Vordergrund gestellt wird, keine Rücksicht zu nehmen ist, so bleiben nur die minder erheblichen Ausstellungen hinsichtlich der Vernickelung und Verzinnung; der Anstrich ist im Gutachten als ein gewöhnlicher bezeichnet, scheint somit nicht besonders beanstandet zu werden. Nach der Ansicht des Experten beeinträchtigt jedoch die weniger sorgfältige Ausführung der Vernickelung und Verzinnung die Brauchbarkeit der Bettlüfter keineswegs; er nimmt auch nicht an, daß sie deßhalb weniger verkäuflich seien. Es leuchtet in der That auch dem Laien ein, daß bei derartigen hausräthlichen Gegenständen die praktische Brauchbarkeit die Hauptsache ist und daß der Käufer weniger Gewicht legt auf eine äußerst saubere und elegante Ausführung der Arbeit. Abgesehen nun davon, daß der Experte einen allfälligen Minderwerth auf höchstens 5 % anschlägt, würde sich ein Abzug am Kaufpreise um so weniger rechtfertigen, als der Beklagte sich bei seiner Reklamation und Dispositionsstellung offenbarer Uebertreibungen schuldig gemacht hat.

8. Derselbe ist aus den angeführten Gründen gehalten, die bestellte Waare anzunehmen und zum Fakturapreis zu bezahlen.

Kommissionsvertrag.

Klage auf Auflösung desselben seitens des Kommittenten. Ansprüche des Verkaufskommissionärs gegenüber dem Kommittenten, hergeleitet aus der Thatsache, daß der letztere ihm (als Selbstkäufer) pasteurisirten und unrealen Wein geliefert hat, welcher von der Gesundheitsbehörde des Empfangsortes beanstandet worden ist und welche Beanstandung die Belegung des Kommissionärs mit einer Polizeibuße und die öffentliche Bekanntmachung des Untersuchungsresultates zur Folge hatte.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 27. April 1889.
Baron di Pauli ca. Huber-Vogler.

Der Großgrundbesitzer Baron di Pauli besitzt in Kaltern (Süd-Tyrol) eine bedeutende Kellerei. Er war früher Mitglied des österreichischen Abgeordnetenhauses und hat als solches den Ersaß eines Kunstweingesetzes, gerichtet gegen die Weinpantscherei, beantragt und in hervorragender Weise für die Annahme desselben gewirkt, die dann auch erfolgte. Am 15. April 1887 kam zwischen ihm und dem Weinhändler Huber-Vogler in Unterstraß ein Vertrag zu Stande, dessen Hauptbestimmungen die folgenden sind:

§ 1. Huber übernimmt die Generalagentur der Baron di Paulischen Kellerei für die ganze Schweiz und verpflichtet sich seinerseits, kein anderes tyrolisches Weinhaus zu vertreten.

§ 2. Das Verhältniß wird auf 10 Jahre festgestetzt. Auflösung kann aber jederzeit verlangt werden, wenn von einem Theile wesentliche Bestimmungen dieses Vertrages zum Schaden des andern Theiles verletzt wurden.

§ 3. Engros-Bestellungen auf Waggons werden direkte von Kaltern aus besorgt, dagegen sollen Stückgüter durch das bei der Generalvertretung sofort zu errichtende Depots geliefert werden. Huber erhält für alle Aufträge 6 % der wirklich bezahlten Fakturasumme als Provision.

§ 4. Für die im Depot eingelagerten Getränke haftet Herr Huber. Er macht wöchentlich Mittheilung der Verkäufe, für welche er alsdann als Käufer zu den ausgesetzten Limiten abzüglich der Provision eintritt. Die auf ihn persönlich ausgestellten Fakturen der in das Depot gesandten Weine sind, soweit dieselben nicht durch die Fakturen der dortigen Verkäufe früher fällig werden, acht Monate nach Ausstellung fällig.

§ 9. *Die Baron di Paulische Kellerei verpflichtet sich, nur rein gehaltene Naturweine zu befördern.*

Am gleichen 15. April 1887 schickte Pauli dem Huber 10 Faß Tyrolerwein in vier verschiedenen Sorten zum Gesammtfakturapreise von 2111 Fr, 21 Rp. Huber zog denselben in seine eigenen Lagerfässer ab und ließ die Transportfässer am 24. April 1887 an den Kommittenten Pauli zurückgehen.

Am 14. Mai 1887 zog die Gesundheitskommission Unterstraß bei Huber Weinmuster, die Flaschen wurden aber nicht schon in seinem Keller, sondern erst im Lokale der Gesundheitskommission, als diese Grund zu theilweiser Beanstandung zu haben glaubte, versiegelt. Am 23. Mai wurden 18 Flaschen dem Kantonschemiker zur Untersuchung überwiesen, darunter auch:

No. 31, deklarirt als 1886er Tyroler roth, und
„ 33, „ „ „ „ „

Diese beiden Flaschen enthielten Wein der Baron di Paulischen Sendung vom 15. April 1887 und es erklärte der Kantonschemiker in seinem Gutachten vom 18. Juni 1887, der Wein dieser beiden Flaschen weise (hauptsächlich mit Rücksicht auf den geringen Säuregehalt von bloß 3,8 ‰) eine Beschaffenheit auf, wie sie bei reinem Naturwein nicht angetroffen werde und müsse deßhalb die Realität desselben entschieden bestritten werden. Auf Grund dieses Gutachtens legte sodann die Gesundheitskommission mit Verfügung vom 27. Juni 1887 dem Huber „wegen falscher Declaration der Weine No. 31 u. 33“ eine Polizeibuße von 30 Fr. auf. Huber verlangte am 12. Juli 1887 gerichtliche Beurtheilung und gab dem Pauli mit Brief vom 18. August von dem Vorfall Kenntniß, bemerkend, die Möglichkeit sei nicht ausgeschlossen, daß in der Gesundheitskommission ein Feind seine Absichten verwirklichen wolle, denn an der Spitze derselben stehe ein Konkurrent etc. „Sie werden sehr wohl begreifen, daß dieß ein sehr wichtiger Fall ist, weßhalb ich Sie ersuche, mir mit Rath und That an die Hand zu gehen.“ Pauli antwortete am 25. August, wie sehr ihn der Zürcher-Befund empört und entrüstet habe und bemerkte: „Schonen Sie keine Mühe und keine Kosten, daß uns Recht werde und die offenbare Kabole eines Feindes aufgedeckt wird. Ich werde Sie darin in jeder Weise unterstützen, finanziell wie moralisch.“ Trotzdem Huber noch eine Analyse des Kantonschemikers von St. Gallen beibrachte, wurde die Polizeibuße auf Grund von Zeugenaussagen, welche die Identität der gezogenen Muster feststellten und einer mündlichen Ergänzung seines schriftlichen Gutachtens durch den Kantonschemiker mit Urtheil des Bezirksgerichtes Zürich vom

27. August 1887 bestätigt. Davon gab Huber dem Baron di Pauli am 30. August Kenntniß mit dem Bemerken, daß er sofort zur Einreichung eines Kassationsgesuches entschlossen gewesen sei. „Ich ruhe nicht, bis uns Recht wird.“ Falls die Buße nicht aufgehoben werde, müsse der Kantonschemiker von Zürich wegen Kreditschädigung auf Schadenersatz belangt werden. Er werde vom Kantonschemiher in Luzern noch ein Gutachten einholen. Da es nicht angehe, den Commissionsvertrag vorzulegen, bitte er um Unterzeichnung der beiliegenden Vollmacht. Pauli schickte diese Vollmacht, die als Generalvollmacht ausgestellt ist und ersuchte, darauf hinzuweisen, daß ein Theil des Weines (2 Sorten) pasteurisirt (d. h. bei luftdichtem Verschluß auf 50 Grad R. erhitzt) worden sei. Nunmehr wurde die Kassationsbeschwerde eingereicht, mit Entscheid vom 29. September 1887 aber abgewiesen. Ueber die Kassationsverhandlung referirte Huber in einem Brief vom 3. Oktober an Pauli, wo er ausführt, daß der Kassationsrichter den Entscheid für materiell unrichtig gehalten, aber Mangels einer Gesetzesverletzung durch den Vorderrichter nicht habe umstürzen können. Im Anschluß daran meint er dann: Der *moralische* Standpunkt ist uns gesichert, aber das genügt nicht, wir müssen rein dastehen, also heißt es zur Revision geschritten. Es ist der Beweis zu liefern, daß der Stadtchemiker nichts taugt.“

Am 12. November meint er: „Ich meinerseits hätte die Buße gleich bezahlt und mir eine Lehre gezogen. Ich will immerhin zufrieden sein, daß die moralische Satisfaktion errungen ist. Meinerseits würde es bei dieser belassen, will aber doch vorwärts, nur belieben Sie, mich umgehend zu benachrichtigen, damit die Zeit nicht etwa verpaßt werde.“

Jetzt auf einmal erschien am 29. November 1887 im Tagblatt der Stadt Zürich seitens der Gesundheitskommission Unterstraß eine Publikation des Resultates verschiedener Weinuntersuchungen, worunter auch derjenigen bei Huber und diese Thatsache hatte eine vollständige Aenderung im Verhalten des Huber gegenüber Pauli zur Folge. Mit Brief vom 6. Dezember 1887 schickte er dem letztern den bezüglichen Tagblattausschnitt, führte aus, wie niederschmetternd diese Publikation ihn und sein Geschäft betroffen und fuhr sodann fort: „Ich bin fest entschlossen, die Schuld auf denjenigen abzuladen, der Urheber der ganzen Angelegenheit ist. Ich beabsichtige nämlich, um meine Existenz einigermaßen zu retten, im gleichen Blatte und unter Umständen auch in auswärtigen, ein Inserat gemäß § 2 unseres Vertrages erscheinen zu lassen, daß ich gestützt auf konstatirte Weinpantscherei mit Ihnen alle und jede Verbindung abgebrochen habe, um meine Kunden nur mit reellen Weinen bedienen zu können und daß gegen Sie das Prozeßverfahren bereits Anwendung gefunden betreffend Schadenersatz. Von diesem Vorgehen können Sie mich einzig dadurch abbringen, daß Sie mich durch eine bedeutende entsprechende Summe für entstandenen Schaden und Nachtheil entschädigen. Gerichtlich könnte Ihre Ehre nie mehr gerettet werden, zumal die oberste Autorität, der *eidgenössische* Chemiker, ebenfalls gegen Ihre Weine ist. Sie können vor der Welt nur durch Opferung meines Namens Ihr Ansehen retten und ich will mich dazu hergeben, wenn Sie mich für meine ruinirte Existenz schadlos halten. Ich kenne Ihre Stellung, wie Sie von allen Seiten angegriffen würden, als Abgeordneter, als Vertrauensmann des S. Michell Institutes, Komponist des Kunstweingesetzes gegenüber den wirklichen Pantschern, Gegner des Lagerhauses, Stellung zu Ihrer hohen Familie etc Gewärtige sofortige prompte Entschädigungsofferte u. s. w.“

Baron di Pauli fragte darauf den Huber unterm 9. Dezember an: „Was ist die Summe, welche Sie laut Ihrem letzten Briefe beanspruchen würden?“ Huber antwortete am 13. Dezember: „Sie werden wissen, was ein Ehrenmann werth ist, die Zeit drängt, wenn Sie mir nicht gerecht werden, bin ich im Falle, mir selbst Gerechtigkeit zu verschaffen,“ und mit Brief vom 19. Dezember: „Da Sie verlangen, daß ich die Summe bestimmen soll, stelle ich eine *theilweise* Entschädigungsforderung von 50,000 fl., jedoch nur für den Fall gütlicher Abmachung. Gerichtlich beweisen diese Zahlen nichts, da sich der

Schaden abnormer stellt. Am 20. Dezember endlich schrieb Huber: „Ich ruhe nicht, bis Sie genug bekommen, das wird in der ganzen Welt bekannt werden. Nicht nur in der Schweiz, sondern auch in Oesterreich in den verschiedensten Lokalblättern soll Ihr Name genannt werden. Ich muß des Entschiedensten auf meinem Forderungsgebot beharren."

Am 5. Jenner 1888 antwortete Baron di Pauli auf diese Briefe mit Einreichung einer Strafklage wegen Erpressungsversuch, es wurde aber die Anhandnahme derselben verweigert, weil das Vergehen in Kaltern verübt worden sei, also dort geklagt und dann gewärtigt werden müsse, ob die österreichischen Behörden hierseitige Beurtheilung verlangen.

Nunmehr stellte Baron di Pauli gegen Huber eine Civilklage, mittelst welcher er verlangte:

1. daß der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag als aufgehoben erklärt, — und
2. der Beklagte pflichtig erklärt werde, den ihm am 15. April 1887 gelieferten Wein mit 2111 Fr. 21 Rp. zu bezahlen.

Der Beklagte bestritt die Klage. Weil Kläger ihm unrealen Wein geliefert und er dadurch in hohem Maße geschädigt worden sei, habe er auch Schadloshaltung verlangen dürfen, sein Vorgehen sei also, selbst wenn er seine Forderung quantitativ zu hoch gestellt haben sollte, ein berechtigtes gewesen und könne Kläger dasselbe somit auch nicht zur Grundlage eines Vertragsauflösungsbegehrens machen. Im Uebrigen stellte der Beklagte theils compensations- theils widerklageweise eine Reihe von Forderungen, nämlich:

500 Fr, Kosten des Polizeiprozesses, und 5000 Fr. (ursprünglich 30,000 Fr.), weil der Kläger mit Umgehung seiner Person direkte Weinverkäufe in die Schweiz gemacht habe, ohne ihm die vertragliche Provision gutzuschreiben, weßhalb er diese nachfordern könne, weil der ihm gelieferte Wein mit Rücksicht auf die theilweise Pasteurisirung und die Unrealität einen Minderwerth gehabt und weil die Thatsache der unrealen Lieferung mit allen ihren Consequenzen seinen Credit im höchsten Grade beeinträchtigt und ihn dadurch auch indirekt geschädigt habe. Pasteurisirter Wein könne nicht mehr als Meßwein verkauft werden, was einen Minderwerth desselben bedinge.

Der Kläger behauptete, daß wenn der Wein im Momente der Untersuchung durch die Gesundheitskommission unreal gewesen sei, der Beklagte denselben verändert habe.

Zweitinstanzlich wurde das erste Klagebegehren gutgeheissen und auch die Kaufpreisforderung von 2111 Fr. 21 grundsätzlich geschützt, der Kläger aber anderseits verurtheilt, an den Beklagten zu bezahlen:

1. 300 Fr. Kosten des Polizeiprozeßes,
2. 400 Fr. Provisionen auf direkten Geschäftsabschlüssen,
3. 100 Fr. als Minderwerth wegen theilweiser Pasteurisirung des Weines und
4. 1500 Fr. Schadenersatz als Minderwerth wegen Unrealität des Weines und aus kontraktlichem Verschulden.

Die Ausführungen des Urtheils zu Post 2 (Provisionsforderung) sind ohne allgemeines Interesse, ebenso die Begründung zur grundsätzlichen Gutheissung der Kaufpreisforderung, die an sich gar nicht ernstlich bestritten war, im Uebrigen urtheilte das Gericht, wie angegeben,

aus folgenden Gründen:

1. Das erste Rechtsbegehren des Klägers, daß der zwischen ihm und dem Beklagten bestehende Kommissionsvertrag gerichtlich als aufgehoben zu erklären sei, ist ohne Zweifel so zu verstehen, daß sein Rücktritt, welcher faktisch bereits erfolgt ist, als ein berechtigter und ihn daher nicht zum Schadenersatze verpflichtender erklärt werde, denn das Recht zur Aufhebung an und für sich kann gemäß Art. 431 und 402 des O.-R. keinem Zweifel unterliegen. Das Rechtsbegehren ist aber auch in dieser, als die richtige Meinung des Klägers anzusehenden Fassung gutzuheißen; denn das für den Fortbestand des Vertrags nothwendige gegenseitige Vertrauen ist durch Verschulden des Beklagten so stark erschüttert worden, daß dem Kläger die weitere Fortsetzung desselben nicht zugemuthet werden kann. Hat er aber in Folge dessen das Recht zur Auflösung ge-

wonnen, so fällt die Berechtigung des Beklagten zum Ersatz des ihm dadurch verursachten Schadens, welche ihm sonst gemäß Art. 402 Abs. 2 des O.-R. zustehen würde, selbstverständlich dahin.

Mag nämlich der Beklagte sich durch seine Briefe vom 6., 19, und 20. Dezember eines strafbaren Vergehens schuldig gemacht haben oder nicht, so hat er jedenfalls damit eine Handlung verübt, welche dem Kläger die Achtung und das Vertrauen zu ihm rauben mußte, denn wenn er auch, was später gezeigt werden wird, zu einer Schadenersatzforderung gegenüber dem Kläger berechtigt war, so konnte er dennoch unmöglich davon überzeugt sein, daß ihm der Schaden durch eine wissentlich widerrechtliche Handlung des Klägers verursacht worden sei. Seine Drohung, den Kläger als Weinfälscher in den öffentlichen Blättern zu brandmarken, war daher moralisch durchaus verwerflich und ebenso war die Summe von 50,000 österr. Gulden, welche er als Schadenersatz verlangte, eine so ungeheuerliche, daß von dem Bewußtsein, damit nur ein Recht geltend zu machen, nicht mehr gesprochen werden kann.

2. Der Kaufpreisforderung von 2111 Fr. 21 Rp., die an sich begründet ist, stellt der Beklagte, abgesehen von dem Anspruch auf Provisionsvergütung auf verschiedenen direkten Geschäftsabschlüssen des Klägers (der im Betrage von 400 Fr. geschützt wurde) auch eine Post von 500 Fr., Ersatz der Kosten des Polizeiprozesses, zur Verrechnung gegenüber und der Anspruch ist prinzipiell, wenn auch nicht in dem geforderten Quantitativ begründet. Der Kläger hätte selbst dann für solche Kosten aufzukommen, wenn er sich nicht ausdrücklich dazu verpflichtet hätte; denn der unreell befundene Wein war *sein* Eigenthum und die Buße hätte wohl ebenso gut oder besser ihm als seinem Verkaufskommissionär aufgelegt werden können. Der Beklagte führte daher die Geschäfte des Klägers, wenn er die Buße mit dessen Einwilligung bestritt und gerichtliche Beurtheilung sowie Kassation verlangte. Der Betrag der Forderung ist jedoch auf 300 Fr. herabzusetzen, weil der Beklagte für seine Reisen und Bemühungen mit mäßiger Entschädigung vorlieb nehmen muß, zumal er für die beanspruchten 160 Fr. keine genauere Spezifikation gegeben hat.

3. Der Kaufpreisforderung wird vom Beklagten ferner die Minderungseinrede opponirt und zwar verlangt er wegen Pasteurisirung eines Theils des gelieferten Weines und wegen Unrealität einen Abzug von 300 Fr. und stellt aus dem letztgenannten Grunde noch eine Schadenersatzforderung von 5000 Frkn. wegen Discreditirung und dadurch entgangenen Provisionen.

4. Was zunächst die Zuläßigkeit der Minderungseinrede anbetrifft, so kann von einer Verwerfung derselben wegen Verspätung nicht die Rede sein, denn die Minderungseinrede verjährt nach Art. 258 des O.-R. erst nach Ablauf eines Jahres, insofern die Reklamation rechtzeitig erfolgt ist. Beide behaupteten Mängel sind aber verborgene, d. h. solche, welche bei übungsgemäßer Untersuchung nicht erkennbar sind und eine Reklamation hätte überhaupt erst erfolgen müssen, als der Beklagte den Wein als Selbstkäufer übernahm, hatte aber wegen des Commissionsverhältnisses bezüglich der Unrealität des Weines schon vorher stattgefunden und brauchte daher nicht wiederholt zu werden und ist auch wegen Pasteurisirung schon deßhalb nicht als verspätet zu betrachten, weil hier der Mangel absichtlich und wissentlich verschwiegen worden ist, also Art. 259 zur Anwendung kommt.

5. Ein Minderwerth wegen Pasteurisirung ist auch unzweifelhaft vorhanden, weil der Wein aus diesem Grunde nicht überall als Meßwein verwendbar ist; allein es ist natürlich sehr schwierig, diesen Schaden durch richterliches Ermessen zu bestimmen. Höher als auf 100 Fr. wird derselbe kaum veranschlagt werden dürfen. Dagegen kann der Richter aus den vorliegenden Gutachten schon jetzt die Ueberzeugung schöpfen, daß ein weiterer Minderwerth wegen Pasteurisirung nicht vorliegt, so sehr er auch im Uebrigen der Ansicht ist, daß das Verschweigen dieser Manipulation gegenüber dem Käufer resp. Verkaufskommissionär den Kläger zur Vergütung alles und jedes dadurch entstehenden Schadens verpflichtet und es deßhalb auch als unerheblich betrachtet, daß das Verbot des

Gebrauchs von pasteurisirtem Wein als Meßwein in der Diözese St. Gallen erst nach stattgefundener Lieferung desselben und möglicherweise sogar nur deßhalb erfolgt ist, weil der Beklagte selbst eine bezügliche Anfrage gestellt hat, denn daß der Beklagte die Macht gehabt habe, ein solches Verbot durch ein Gesuch zu erwirken und daher dasselbe doloser Weise selbst herbeigeführt habe, ist zu unwahrscheinlich, als daß hierüber ein übrigens nicht einmal spezifizirtes Beweisverfahren eingeleitet werden dürfte.

6. Die einredeweise geltend gemachte Minderungsklage wegen Unrealität des Weines muß zugleich mit der aus dem gleichen Umstande hergeleiteten Schadenersatzklage behandelt werden. Durch das Gutachten des Kantonschemikers ist nachgewiesen, daß der von ihm im Mai untersuchte Wein unreal gewesen ist und es ist nicht bestritten, daß dieser Wein der vom Kläger gelieferte und damals noch in seinem Eigenthum befindliche gewesen ist, sondern es behauptete der Kläger nur, daß wenn derselbe unreal gewesen sei, eine Veränderung im Keller des Beklagten stattgefunden haben müsse. Eine solche Veränderung ist aber nicht zu vermuthen, sondern müßte vom Kläger bewiesen oder zum Mindesten wahrscheinlich gemacht werden.

7. Es wäre diese Vertheilung der Beweislast, soweit die bloße Minderungseinrede in Betracht kommt, selbst dann zweifellos richtig, wenn der Mangel, d. h. die Unrealität des Weines erst nach der käuflichen Uebernahme durch den Beklagten entdeckt worden wäre resp. wenn derselbe von Anfang an Käufer gewesen wäre und die Waare als solcher und nicht als bloßer Verkaufskommissionär bei ihrer Ankunft in Zürich in Empfang genommen hätte; denn aus Art. 248 Abs. 2 des O.-R. muß der Schluß gezogen werden, daß wenn der Käufer keine Veranlassung hatte, die Waare schon beim Empfange auf den erst später offenbar gewordenen Mangel untersuchen zu lassen, ihm nicht der Beweis dafür obliegt, daß dieser Mangel schon zur Zeit der Empfangnahme vorhanden gewesen sei, sondern dieß vermuthet wird. Es hätte nämlich keinen Sinn, wenn der Käufer schon an und für sich den Beweis zu erbringen hätte, daß die behaupteten Mängel schon zur Zeit der Empfangnahme vorhanden gewesen seien, ihm denselben als Rechtsnachtheil wegen nicht gehöriger Konstatirung des Thatbestandes durch besondere Gezetzesvorschrift zu überbinden und es läßt sich hieraus auch mittelst argumentum e contrario folgern, daß in allen andern Fällen, insbesondere also auch wenn die Mängel verborgen waren und eine Pflicht zu deren Konstatirung bei der Empfangnahme nicht bestand, die Beweislast umgekehrt den Verkäufer trifft. So lange der Beklagte bloßer Verkaufskommissionär war und dieß war er ja nicht bloß bei der Empfangnahme, sondern sogar bis zur Entdeckung des Mangels, hatte er aber noch viel weniger als ein Käufer die Verpflichtung, den Wein chemisch auf seine Reinheit untersuchen zu lassen und es kann ihm daher noch viel weniger als wenn er von Anfang an Käufer gewesen wäre, zugemuthet werden, den Beweis dafür zu übernehmen, daß der Mangel schon bei der Empfangnahme, d. h. bei der Ankunft in Zürich vorhanden gewesen sei. Dazu kommt, daß die Veränderung des Weins im Keller des Beklagten nur Folge einer förmlichen Fälschung sein könnte und zwar einer Fälschung, welche, wie der Befund des Kantonschemikers beweist, nicht durch bloßen Wasserzusatz vollzogen werden konnte, weil dadurch nicht bloß der Säuregehalt, sondern auch die andern festen Bestandtheile (Asche und Extrakt) vermindert worden sind, also fast unmöglich ohne Wissen und Willen des Beklagten geschehen wäre, eine solche verbrecherische Fälschung aber nicht vermuthet werden darf.

8. Zweifelhafter ist, ob die bloße Thatsache, daß der Mitte Mai untersuchte, dem Kläger gehörige Wein gefälscht war, den Beklagten nicht bloß zur Minderungseinrede, sondern in Verbindung mit einem ihm dadurch entstandenen Schaden auch noch zu einer Schadenersatzforderung aus Art. 110 des O.-R. berechtige, d. h. ein kontraktliches Verschulden des Klägers begründe, gestützt auf welches der Richter dem Beklagten auf Grundlage von Art. 116 Schadenersatz zusprechen dürfe. Selbstverständlich hat der Beklagte, welcher durch den Kommissions-

vertrag berechtigt war, vom Kläger die Lieferung realer. unverfälschter Kommissionswaare zu verlangen (siehe Art. 9 des Vertrages) nur zu beweisen, daß der letztere seine Verpflichtung nicht gehörig erfüllt, d. h. keinen realen, sondern gefälschten Wein geliefert hat und es ist Sache des Klägers, nachzuweisen, daß ihm keinerlei Verschulden zur Last falle, also z. B. die Fälschung während des Transports durch Dritte bewirkt worden sei. Allein daraus folgt die Bejahung der gestellten Frage nicht ohne Weiteres, sondern es hängt dieselbe außerdem davon ab, ob hier der gleiche Grundsatz bezüglich der Beweislast zur Anwendung gebracht werden dürfe wie bei der bloßen Minderungsklage des Käufers. Unzweifelhaft hat die Bejahung gewisse Härten und nicht unbedenkliche Konsequenzen. Allein das Gleiche gilt auch für die umgekehrte Vertheilung der Beweislast und man darf hier wohl darauf hinweisen, daß wenn dieses letztere geschehen würde, die in neuester Zeit in der Schweiz aufblühenden Lagerhäuser von Verkaufskommissionären für fremde Weine schwer geschädigt werden könnten, während es die Eigenthümer in der Hand haben, dadurch, daß sie ihren Kommissionären die chemische Untersuchung bei der Ankunft vertraglich vorschreiben, jede Gefahr von sich abzuwenden. Auch führt ja die durch Art. 110 des O.-R. geregelte Beweislast überhaupt nicht selten zu Härten gegenüber den Verpflichteten und das einzig Richtige ist hier offenbar, daß man von der beweispflichtigen Partei keinen allzu strengen Beweis verlangt und sich unter Umständen sogar mit einem bloßen Wahrscheinlichkeitsbeweise begnügt. Unter dieser Voraussetzung darf man unbedenklich den oberwähnten Grundsatz bezüglich der Beweislast wenigstens im vorliegenden Falle auf die Schadenersatzforderung des Beklagten zur Anwendung bringen.

9. Frägt man sich aber, ob der Kläger auch nur einen Wahrscheinlichkeitsbeweis dafür geleistet oder anerboten habe, daß der Wein, während er sich im Gewahrsam des Beklagten befand, gefälscht worden sei, so muß diese Frage nicht bloß entschieden verneint, sondern es muß gesagt werden, daß gerade umgekehrt eine ganz bedeutende Wahrscheinlichkeit für das Gegentheil spricht und zwar selbst, wenn man gänzlich davon absieht, daß der Beklagte in der Appellationsverhandlung bereits schriftliche Zeugnisse von 3 Personen, die er rechtzeitig als Zeugen anrief, vorgelegt hat, welche bestätigen sollen, daß der Wein in dem übrigens kurzen Zeitraum zwischen seiner Ankunft in Zürich und der Untersuchung keine Verfälschung erlitten habe, was namentlich sachverständige Küfer sehr wohl zu beurtheilen im Stande sind, vorzugsweise dann, wenn, wie hier, die Verfälschung nicht durch bloßen Wasserzusatz geschehen sein kann. Es ist nämlich schwer einzusehen, welches Interesse der Beklagte an einer solchen Fälschung gehabt hätte und es ist auch eine Fälschung durch Dritte, was hier von besonderer Bedeutung ist, fast ganz ausgeschlossen, weil, wie schon bemerkt, dieselbe dem Beklagten kaum verborgen geblieben wäre, da sie nicht durch blossen Wasserzusatz, sondern durch andere Manipulationen, wie z. B. Vermischung mit Tresterwein und Hervorrufung einer Nachgährung hätte bewerkstelligt werden müssen. Allerdings ist auch die Wahrscheinlichkeit der *absichtlichen* Fälschung durch den Kläger eine geringe; allein nicht so verhält es sich mit der Möglichkeit einer Fälschung durch Dritte, namentlich seiner eigenen Angestellten, denn bekanntlich ist es gar nicht selten, daß Angestellte während des Kelterns den zuerst ablaufenden Wein entwenden und den Abgang durch auf die Trester gegossenes Wasser und Zucker wieder ersetzen und diese Möglichkeit liegt hier um so näher, als, wie jeder Weinkenner weiß, die Zusammensetzung des Weins auf Petiosirung hinweist, wie dieß der Beklagte ja auch schon in der Replik der Hauptverhandlung vor Bezirksgericht behauptet hat. Es hat auch der Kläger keine Thatsachen zum Beweise verstellt, welche geeignet wären, solche Möglichkeiten auszuschliessen, denn er hätte zu beweisen, daß das speziell dem Beklagten gelieferte Weinquantum reiner Naturwein gewesen sei und es ist daher z. B. ganz gleichgültig, daß er Andern realen Wein geliefert hat.

Auch dafür, daß die Fälschung überhaupt

nicht dem Verschulden des Klägers, sondern dem Zufall resp. dem Verschulden Dritter mit Ausnahme der eigenen Angestellten, für welche er nach Art. 115 des O.-R. haftet, zuzuschreiben sei, hat derselbe keinen genügenden Beweis geleistet oder angetragen.

10. Dagegen ist noch die Einwendung des Klägers zu prüfen, daß der Beklagte einen allfälligen Schaden dadurch selbst verschuldet habe, daß er sich bei Erhebung von Weinproben durch die Gesundheitskommission keine versiegelten Doppelproben habe geben lassen und es geduldet habe, daß die von der Kommission zu Handen genommenen Proben nicht versiegelt worden seien. Allein darin liegt kein Verschulden, daß man die Untersuchung eines Weines der Behörde überläßt, ohne dieselbe zu kontrolliren, ob sie dabei gehörig verfahre, so wünschbar eine solche Kontrolle auch hie und da erscheinen mag.

11. Betreffend die Größe des Schadenersatzes kommt zunächst in Betracht die vom Beklagten beanspruchte Minderung des Kaufpreises um 300 Frkn., wovon etwa 100 Fr. schon wegen Verschweigen der stattgefundenen Pasteurisirung gutgeheissen sind. Diese Forderung erscheint nach den bisherigen Ausführungen als begründet. Was den weitern Schadenersatz anbetrifft, den der Beklagte aus Art. 110 des O.-R. in Verbindung mit Art. 116 fordert, so unterliegt keinem Zweifel, daß er durch die Publikation im Tagblatt der Stadt Zürich eine sehr bedeutende ökonomische Einbuße erlitten hat; denn dieses Blatt ist notorisch in Zürich und Umgebung das verbreiteste und wenn er es auch in der Hand gehabt hätte, durch eine Erwiderung, daß er den Wein nur als Verkaufskommissionär besessen habe, den Schaden etwas zu vermindern, so hätte er denselben dadurch doch keineswegs vollständig von sich abwenden können. Der Schaden bestand theils in Verlust von Provisionen wegen geringerm Verkauf von Kommissionswaare, — in Wahrheit hat er ohne Zweifel fast gar nichts mehr verkauft, — wobei freilich nur der Zeitraum bis 20. Dezember 1887 als Tag der Aufhebung des Vertrags in Betracht fällt, theils in der Schädigung seines anderweitigen Weingeschäftes. Es mag dahin gestellt bleiben, ob Art. 116 Abs. 1 genügen würde, um eine Gutheißung dieses allerdings nicht direkten, aber trotzdem doch vom Kläger vorherzusehenden Schadens zu rechtfertigen; denn es scheint allerdings, daß der Ausdruck: „welcher als *unmittelbare* Folge der Nichterfüllung vorhergesehen werden konnte“, mit dem kürzern Ausdruck anderer Gesetze: „des unmittelbaren Schadens“ oder „des unmittelbaren Interesses“ identisch ist, obschon es schwer halten wird, Fälle eines unmittelbaren Schadens zu finden, welcher vom vertragsbrüchigen Theil nicht vorhergesehen werden kann und dieser Zusatz im Gesetz daher bei dieser Auffassung überflüssig ist. Allein es darf hier unbedenklich Art. 116 Abs. 3 zur Anwendung gebracht werden; denn das Verschulden des Klägers oder seiner Angestellten, für welche er zu haften hat, ist kein leichtes, wenn man bedenkt, daß die unreale Lieferung die erste war, welche dem Beklagten gemacht wurde und der Kläger ganz ausdrücklich vertraglich realen Naturwein zugesichert hatte. Der dem Beklagten und Widerkläger direkt und indirekt (also inbegriffen den Minderwerth von 200 Fr. wegen Unrealität) verursachte Schaden ist durch richterliches Ermessen festzusetzen und es rechtfertigt sich den ihm dießfalls zuzusprechenden Betrag auf *1500* Fr. anzusetzen.

Bürgschaft.

Erforderniß der schriftlichen Vertragsform (Art. 491 des O.-R.) Anforderungen an den Briefwechsel, damit er der schriftlichen Vertragsform genügt (Art. 12 des O.-R.).

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 4. Mai 1889.
Müller ca. Leopold Weil.

Ein Reisender der Firma Leopold Weil & Cie. in Zürich gab seinem Haus im September 1886 die Bestellung eines gewissen Hottinger-Fäh in Utznach auf und garantirte dabei, wie behauptet, aber von Müller nicht zugegeben wird, mündlich für den Eingang

des Fakturabetrages. In einem Brief der Firma an den Reisenden *vom 8. September 1886* heißt es: „Hottinger wird gegen Ihre Garantie geliefert." Um die nämliche Zeit gab Müller die Bestellung eines Kaufmanns Buff in St. Gallen auf, im erwähnten Brief vom *8. September 1886* wurde ihm aber unmittelbar im Anschluß an die soeben genannte Mittheilung, daß an Hottinger-Fäh gegen seine Garantie geliefert werde, geantwortet: „Buff kann vorerst nicht ausgeführt werden, weil eingezogene Auskunft für größern Kredit ungenügend." Müller beantwortete den Brief vom 8. September 1886 mit einem solchen vom *10. September 1886*. Hier findet sich indessen wenigstens keine *direkte* Erwiderung auf die Mittheilung, daß an Hottinger-Fäh gegen seine Garantie geliefert werde. Dagegen ist betreffend die Bestellung Buff gesagt: „Buff St. Gallen bitte *unter gleicher Bedingung wie Hottinger* auszuführen. Vorsicht wäre an manchem Orte weit eher am Platze als da." Es wurde nunmehr auch diese Bestellung ausgeführt, nach der Darstellung von Weil & Cie. in Folge der Garantie Müllers, wie dagegen letzterer behauptet, weil spätere Informationen über Buff günstiger gelautet haben.

Am 18. Jenner 1887 beauftragte der Reisende Müller Namens der Firma Weil & Cie. einen Rechtsagenten in St. Gallen mit der Betreibung des Buff für den Fakturabetrag von 475 Fr. Da beim Schuldner schon alles gepfändet war, so wurde sofort mit der Betreibung auf den Konkurs begonnen und es erfolgte die Konkurseröffnung schon am 25. Jenner 1887. Am 25. Juni 1887 war festgestellt, daß für Weil & Cie. nichts erhältlich sei; sie mußten sich also mit einem Glückschein begnügen. Inzwischen (nämlich am 9. Mai 1887) waren Weil & Cie. selbst in Konkurs gerathen, es gelang ihnen aber, die Wiederaufhebung desselben durch Zustimmung sämmtlicher Gläubiger zu erwirken. Der Reisende Müller hatte eine privilegirte Forderung von 2000 Fr. und eine laufende von 815 Fr. 25 angemeldet. Er gab seine Zustimmung zur Konkursaufhebung gegen:

a. Sicherstellung der privilegirten Forderung von 2000 Franken und 25 % der laufenden Forderung mit 203 Fr. 80 Rp. und
b. Ausstellung eines Obligos für die übrigen 75 % der laufenden Forderung.

Dieses Obligo datirt vom 4. August 1887 und lautet auf den Betrag von 611 Fr. 45, „zahlbar innert einem Jahre von heute an". Die Garanten der 2203 Fr. 80 betragenden Forderung zahlten daran 1250 Fr., bestritten dann aber den Rest von 953 Fr. 80 und wurden deßhalb von Müller im April 1888 auf dem Prozeßwege dafür belangt. Die Beklagten stellten unter Anderm eine Compensationseinrede aus der angeblich von Müller für Hottinger-Fäh geleisteten Garantie, weil der letztere aller Wahrscheinlichkeit nach den schuldigen Fakturabetrag, für den 2 Wechsel auf ihn gezogen worden seien, nicht bezahlen werde. Die Parteien schlossen dann aber einen Vergleich ab, in welchem gesagt ist, daß der Betrag von 582 Fr. dem Müller erst nach Eingang der mit 15. Mai und 15. April verfallenden Wechsel auf Hottinger-Fäh zahlbar sei und zwar in der Meinung, daß wenn letzterer die Wechsel nicht einlöse, dieselben sammt den Protesten an Müller aushinzugeben seien, womit sein Guthaben von 582 Fr. wegfalle. Die Wechsel wurden dann aber von Hottinger-Fäh eingelöst und sind darauf auch die 582 Fr. an Müller bezahlt worden.

Jetzt hatte Müller bloß noch die 611 Fr. 45 Rp. laut dem Schuldschein vom 4. August 1887 zu gut. Als er aber diesen Betrag geltend machte, wollten Weil & Cie. ihre Forderung an Buff in St. Gallen im Betrage von 475 Fr. abziehen, weil Müller für den Eingang derselben garantirt, also Bürgschaft geleistet habe und aus dem Konkurse des Hauptschuldners nichts erhältlich gewesen sei. Müller bestritt die Compensationseinrede. Persönlich befragt über die Bedeutung seines Briefes vom 10. September 1886 antwortete er: Mit der Bemerkung: „Buff bitte unter gleicher Bedingung wie Hottinger auszuführen", habe ich ein eigentliches Delcredere nicht übernommen. Ich habe bei Dutzenden den Ausdruck gebraucht: „Ich garantire", ohne das jedoch im Ernste aufzufassen.

Die Compensationseinrede wurde in der That verworfen.

Gründe:

1. Der Beklagte Weil hat sich in der Appellationsverhandlung darauf beschränkt, der durch ein Obligo liquid gestellten Forderung des Klägers die Einrede einer Gegenforderung aus Bürgschaft bei Buff in St. Gallen entgegenzustellen. Derselbe hat daher zu beweisen, daß der Kläger eine rechtlich gültige Bürgschaft für Buff eingegangen habe. Dieser Beweis ist von ihm jedoch nicht erbracht worden; denn es mangelt die für die Gültigkeit des Bürgschaftsvertrags erforderliche schriftliche Form.

2. Art. 12 des O.-R. bestimmt, daß ein Vertrag, für welchen die schriftliche Form gesetzlich vorgeschrieben ist, die Unterschrift derjenigen Personen tragen müsse, welche durch denselben verpflichtet werden sollen, also beim Bürgschaftsvertrag die Unterschrift des Bürgen. Diese Bestimmung wird durch den Absatz 2 von Art. 12 nicht abgeändert, sondern nur genauer definirt und erläutert und es soll daher auch beim Vertragsabschluß durch Briefwechsel der Vertrag erst mit dem Momente gültig sein, mit welchem der Vertragswille schriftlich fixirt worden ist. Es kommt nämlich, namentlich bei mehrfachem Briefwechsel oft vor, daß man aus der Würdigung des gesammten Inhalts desselben in Verbindung mit allen Nebenumständen eine Einigung der Parteien über den wesentlichen Vertragsinhalt sehr wohl herausfinden kann, ohne daß dieselben damit den Vertrag schon rechtsgültig fixiren wollten, sondern wo es ganz unzweifelhaft in ihrer Meinung gelegen hat, daß derselbe erst durch eine förmliche mit der Unterschrift des Verpflichteten versehene Vertragsurkunde rechtsgültig werde. Der Briefwechsel ist in diesem Falle dann kein „Vertrag“, d. h. keine, im Bewußtsein der Rechtsverbindlichkeit gemachte Willenserklärung. Sobald daher ein Briefwechsel stattgefunden hat, ist es für die Beantwortung der Frage, ob dadurch ein rechtsgültiger Vertrag begründet worden sei, sehr wichtig, sich darüber Gewißheit zu verschaffen, ob die Parteien sofort nach Schluß desselben in der Meinung gewesen sind, daß damit der Vertrag perfekt geworden sei oder ob sie in der entgegengesetzten Meinung gestanden haben und es darf, wenn das letztere bewiesen oder auch nur wahrscheinlich gemacht wird, ein perfekt gewordener Vertrag nicht leicht angenommen werden.

Nun ist jedenfalls nicht hergestellt, daß der Kläger, als er den Brief vom 10. September 1886 absandte, das Bewußtsein hatte, damit eine rechtsgültige Bürgschaft für den an Buff zu gewährenden Kredit zu übernehmen, sondern es ist sehr wohl gedenkbar, daß er voraussetzte, Beklagter müsse ihm noch, wenn er seine Offerte annehmen wolle, einen Bürgschein zur Unterzeichnung senden, welcher dann namentlich auch den Betrag seiner Haft genau fixire und nach dessen Unterzeichnung er erst rechtlich gebunden sei und daß er, als dieß unterblieb, glaubte, der Beklagte verzichte auf seine Bürgschaft und übernehme selbst das Risiko des Kredits mit Rücksicht auf seine Bemerkung in jenem Brief: „Vorsicht wäre an manch anderm Ort weit eher am Platze.“ Er war zu einer solchen Ansicht um so mehr berechtigt, als solche Garantien durch Geschäftsreisende von Seite ihrer Prinzipale meist nicht sehr ernst aufgefaßt werden und wohl auch richtigerweise, wenigstens in der Regel, zurückgewiesen werden sollten. Weit wichtiger aber noch ist, daß Indizien vorliegen, welche darauf hinweisen, daß auch der Beklagte damals und noch längere Zeit nachher nicht daran gedacht hat, daß jener Brief eine rechtlich gültige Bürgschaft des Klägers begründe. Am 4. August 1887 nämlich, als er das Obligo von 611 Fr. 45 zu Gunsten des Klägers ausstellte, war Buff schon längst im Konkurs und es stand für den Beklagten außer Zweifel, daß er an seiner Forderung an denselben einen Verlust erleiden werde und doch fiel es ihm damals nicht ein, in jenem Obligo auch nur in Form eines allgemeinen Vorbehaltes einer Gegenforderung aus der Bürgschaft für Buff Erwähnung zu thun. Aus der Anerkennung der unter ähnlichen Verhältnissen zu Stande gekommenen Bürgschaft für Hottinger-Fäh von Seite des Klägers läßt sich bezüglich der durch den Brief vom 10. September 1886 angeblich geleisteten Bürgschaft für Buff deßhalb nichts herleiten, weil jene Anerkennung auf einem Vergleiche beruht und der

Kläger mit Rücksicht auf die vorausgesehene Solvenz des Hottinger kein Interesse hatte, die Rechtsgültigkeit seiner Bürgschaftsverpflichtung für denselben zu bestreiten.

Wegrechtsanspruch

des Anstößers an einen aufgehobenen öffentlichen Fußweg auf Grund von § 142 des neuen privatrechtlichen Gesetzbuches Auslegung dieser Gesetzesstelle.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 7. Mai 1889.
Hagnauer ca. Erben Fierz.

Die Gemeinde Fluntern ließ den *öffentlichen* Fußweg, der unter dem Namen „Freudenbergfußweg" von der Zürichbergstraße durch das Gut zum Sonnenbühl hindurch in die Steinwiesstraße-Hottingen geführt hatte, eingehen und trat das Wegareal, soweit es auf ihrem Gebiete lag, den Erben des Nationalrathes Heinrich Fierz zum Sonnenbühl mit der Auflage ab, daß sie sich mit den Inhabern von allfällig auf dem Wege haftenden Privatrechten abzufinden haben. Nun trat der Eigenthümer der zwischen dem Gut zum Sonnenbühl und der Steinwiesstraße in Hottingen gelegenen, schon zur Gemeinde Hottingen gehörenden Liegenschaft zum „Freudenberg" mit der Klage gegen die Erben Fierz auf, daß dieselben verpflichtet werden, den ehemaligen Freudenberg-Fußweg fortbestehen zu lassen. Er behauptete, an demselben ein Privatrecht zu besitzen und berief sich eventuell auf den § 142 des neuen privatrechtlichen Gesetzbuches, wonach er, auch ohne ein Privatrecht an dem bisher öffentlichen Fußweg gehabt zu haben, weil seiner Liegenschaft durch die Aufhebung desselben der Weg nach Hottingen entzogen werde, das Wegrecht bis zur Einmündung in die Steinwiesstraße behalte.

Zweitinstanzlich wurde dem Kläger für seine Liegenschaft zum Freudenberg zunächst ein Privatrecht zugesprochen auf die Fortexistenz des sog. Freudenbergfußweges von der Fierzschen Einfahrt weg bis zu einem gewissen Punkte, welche Entscheidung hier nicht weiter interessirt.

Mit Bezug auf die Fortsetzung wurde das behauptete Privatrecht verneint, die Beklagten aber auf Grund des § 142 des P. G.-B. verpflichtet, dem Kläger entweder die Benutzung des bisherigen Fußweges in der Richtung nach Hottingen wieder zu ermöglichen, soweit der Fußweg früher auf dem Gebiete der Gemeinde Fluntern lag oder ihm eine andere ausreichende Wegverbindung nach einer öffentlichen Straße der Gemeinde Hottingen zu verschaffen.

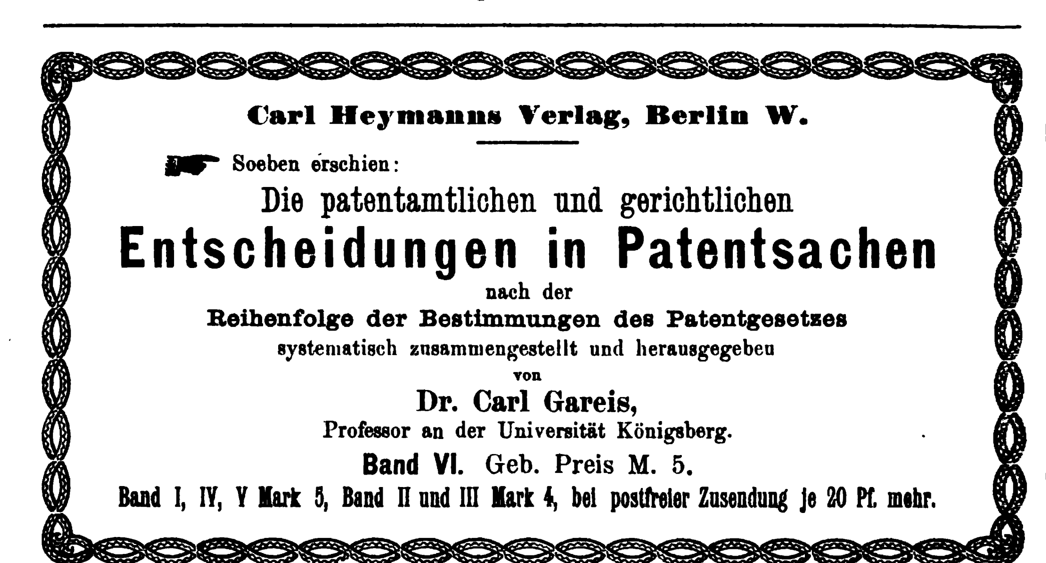
Diese letztere Entscheidung fusst

auf folgenden Gründen:

1. Der Kläger verlangt eventuell, daß ihm die Beklagten gemäß § 142 des neuen privatrechtlichen Gesetzbuches eine andere Fußwegverbindung nach Hottingen verschaffen. Die erste Instanz hat dieses Begehren deßhalb abgewiesen, weil das Grundstück des Klägers durch die Aufhebung des sogenannten Freudenbergfußweges von den übrigen öffentlichen Straßen keineswegs abgeschnitten sei. Nun ist allerdings richtig, daß dem klägerischen Grundstücke durch die Aufhebung des Fußweges nach Hottingen als eines öffentlichen, nicht überhaupt jeder Weg entzogen ist, denn der Kläger besitzt noch seinen Privatweg in die Krummackerstraße, das Fußwegrecht gegen die Fierzische Einfahrt und einen kleinen Fußsteig gegen die Kantonsschule hin. Wenn also die Voraussetzung des § 142 die ist, daß einem Grundstücke *jeglicher* Weg nach allen Seiten entzogen sein muß, bevor der Eigenthümer sich auf diese Gesetzesstelle berufen kann, so trifft dieselbe in concreto nicht zu.

2. Es darf aber mit Recht bezweifelt werden, daß der Gesetzgeber diesen Paragraphen so enge interpretirt wissen wollte. Wenn einerseits damit das Verfügungsrecht der Behörden über die öffentlichen Wege gewahrt werden wollte, so ging damit doch die Absicht Hand in Hand, dem Wegbedürfnisse der Privaten möglichst Rechnung zu tragen. Im speziellen Falle fällt nun in Betracht, daß das wegbedürftige Grundstück ein Ge-

bäude und kein landwirthschaftlicher Complex ist, daß die Bewohner dieses Gebäudes von jeher in der Lage waren, den streitigen Fußweg zu benutzen, daß dieses Gebäude zur Gemeinde Hottingen gehört, daß dessen Bewohner dorthin schul- und steuerpflichtig sowie stimmberechtigt sind, daß sie nach Aufhebung dieses Fußweges genöthigt sind, die Verbindung mit ihrer *eigenen Gemeinde* auf einem verhältnißmäßig erheblichen Umwege *und über das Gebiet einer fremden Gemeinde* zu suchen. Es darf also wohl angenommen werden, daß im vorliegenden Falle der eingegangene Weg nach der Seite von Hottingen für das klägerische Grundstück ein wirkliches Bedürfniß war. Durch die Aufhebung des Weges ist dem klägerischen Grundstücke im strengen Sinne jeder *direkte* Weg zu einer öffentlichen Straße der Gemeinde Hottingen entzogen und es kann nicht darauf ankommen, ob dasselbe noch Wegverbindung zu einer öffentlichen Straße einer andern Gemeinde habe. Es sind demnach die Beklagten pflichtig, dem Kläger die Benutzung des bisherigen Fußweges, soweit ihnen dieser von der Gemeinde Fluntern mit allfällig darauf haftenden Rechten abgetreten worden ist, zu ermöglichen oder ihm eine andere ausreichende Wegverbindung nach Hottingen zu verschaffen.



Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. Juli 1889. VIII. Band. № 12.

Schweizer Blätter für

Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter“ erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die „Amerikanische Schweizer-Zeitung“, 18 Ann Str., New-York.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Liegenschaften-Handel.

Kaufvertrag mit bedingtem Rückverkauf oder verdecktes Liquidationsmandat?

Vertragsanfechtung wegen Unsittlichkeit (wucherhafter Uebervortheilung).

Compensation gegenüber einem Cessionaren des Gläubigers mit einer Kaufrestforderung an den Cedenten aus bestrittenem Liegenschaftenkauf.

Obergericht Zürich, Appellationskammer,
4. Mai 1889,
Weil contra Marx.

Am 17. März 1888 schloß der Landwirth Conrad Ruef in Straubikon-Brütten mit dem Liegenschaftenhändler Jakob Marx in Zürich einen Vertrag ab, der sich „Kaufvertrag“ betitelt und in welchem zunächst gesagt ist, es verkaufe Ruef dem Marx seine sämmtlichen Liegenschaften, Gebäulichkeiten, Wiesen, Ackerland, Reben und Waldung sammt Zubehörde um den Preis von 24,300 Frcs. In einem § 2 ist sodann bestimmt, Ruef verpflichte sich, jedes einzelne Grundstück zu dem in einem speziellen Verzeichniß demselben beigesetzten Anschlagspreis selbst zu übernehmen, sofern es dem Marx nicht gelingen sollte, diese Grundstücke um den Anschlagpreis oder höher bis Martini 1888 zu verkaufen. Die Gesammtsumme der im genannten Verzeichniß aufgeführten Einzelanschlagspreise erreicht den Betrag von 32,200 Franken, übersteigt also den vereinbarten Kaufpreis um 7900 Fr. Diese Ziffer scheint bei Ruef Bedenken erregt zu haben, indem er sich die Möglichkeit vorstellte, daß Marx kein einziges der Grundstücke um den vorgesehenen Anschlagspreis absetzen könne und er dann den ganzen Gewerb mit einer Einbuße von 7900 Fr. wieder übernehmen müßte. Das konnte ihm begreiflicherweise nicht einleuchten und die Folge seiner bezüglichen Vorstellung war ein Nachtragsvertrag vom 22. März 1888 des Inhalts: „Sollte es sich ergeben, daß Marx beim Wiederverkauf des Gewerbes den *ganzen* Gewerb nicht zusagen kann, so verpflichtet sich Ruef, den Gewerb wieder zurückzukaufen für 26,500 Fr. und zahlt die Zufertigungskosten vom Rückkauf.“ Damit war also festgesetzt, daß wenn die Einzelanschlagspreise nirgends erreicht werden und folglich dem Marx der ganze Gewerb bleibe, Ruef denselben nicht um die Gesammtsumme der Einzelanschlagspreise von 32,200 Fr., sondern um bloß 26,500 Fr., zurücknehmen müsse.

Am 9. April 1888 fand die notarialische Fertigung des Kaufvertrages statt. An den

Kaufpreis von	Fr. 24,300. —
wurden dem Käufer Marx angewiesen	„ 19,967. 40
und verblieb somit ein Kaufrest von	Fr. 4332. 60
Daran bezahlte Marx sofort bei der Fertigung	„ 2460. —
und blieb somit schuldig	Fr. 1872. 60,

bezüglich welcher bestimmt wurde, daß sie mit dem Ende des Wiederverkaufs durch Marx zu bezahlen seien.

Unter den angewiesenen Kapitalposten befand sich auch ein Schuldbrief von 400 Fr. zu Gunsten des Jakob Hofmann, Boten in Töß. Da aber Ruef daran 125 Fr. abbezahlt hatte, so bestimmt die Kaufsfertigung, daß, sobald er den Titel durch Abschreibung auf 275 Fr. reduzirt habe, Marx ihm die 125 Fr. zu bezahlen habe. Er hat später diese Abschreibung bewirkt.

Die Rückkaufsbestimmungen sind nicht speziell in den Fertigungsakt aufgenommen worden, dagegen heißt es in demselben unter Zif. 5: „Sofern Ruef von Marx Liegenschaften käuflich zurückerwerben würde, so ist obiger Kaufrest (die 1872 Fr. 60) mit den betreffenden Kaufsummen in Abrechnung zu bringen.“ Und es liegt ferner eine vom Fertigungstage (9. April 1888) datirte, im Texte vom Fertigungsbeamten (Notariatssubstitut Wintsch) geschriebene, „Conrad Ruef“ unterzeichnete Erklärung des Inhalts vor, daß sämmtliche nicht in die notarialische Fertigung aufgenommene Vertragsbestimmungen dessenungeachtet in Kraft bleiben. Ruef bestreitet allerdings die Aechtheit seiner Unterschrift auf dieser Erklärung, allein dieser Bestreitung widerspricht nicht nur die Vergleichung mit andern, anerkanntermaßen ächten Unterschriften des Ruef, sondern auch eine vom Notariatssubstituten Wintsch dem Vertreter des Ruef gegenüber abgegebene Erklärung, wonach die Unterschrift ächt wäre.

In der Anweisungssumme von 19,967 Fr. 40 Rp. sind auch zwei Kapitalzinse von zusammen 518 Fr. enthalten. Trotzdem hat der Verkäufer Ruef dieselben bezahlt und Marx ihm dafür am 12. April 1888 ein Obligo ausgestellt.

Schon am 18. April 1888 brachte Marx den Gewerb auf eine öffentliche Gant, es konnte aber kein einziges Angebot in der Höhe der Einzelanschlagspreise erzielt werden und auch ein Gesammtruf war resultatlos. Davon machte Marx dem Ruef am 3. Mai 1888 Anzeige mit dem Begehren, daß er gemäß Vertrag vom 17./22. März den Gewerb um die Summe von 26,500 Fr. zurückerwerbe, allein dieser negirte eine bezügliche Verpflichtung und blieb auch noch auf seiner Bestreitung, als der Martini 1888 bereits vorbei und festgestellt war, daß auch bis dahin ein Wiederverkauf nicht möglich gewesen sei.

Mit Cessionsurkunde vom 20. Dezember 1888 trat Ruef seine Ansprüche aus dem Kaufvertrag, nämlich:

1. Die Kaufrestforderung von Fr. 1872. 60,
2. die Forderung aus der Abschreibung des angewiesenen 400 Fr. Briefes auf 275 Fr. im Betrage von Fr. 125. — und
3. die Forderung aus der Bezahlung zweier angewiesener Kapitalzinse laut Obligo von Fr. 518. —

mit unbedingter Garantie für Existenz und Güte an den Handelsmann Weil in Töß ab und dieser setzte den Marx noch am gleichen Tag von der Abtretung in Kenntniß.

Da Marx dem Weil jede Zahlung verweigerte, so klagte dieser die genannten Posten ein, er wurde aber vom Bezirksgericht Zürich mit seiner Klage abgewiesen, weil das Rechtsgeschäft, aus dem er seine Ansprüche ableite, obgleich es sich als Kaufvertrag bezeichne, in Wirklichkeit doch nicht ein solcher, sondern ein bloßes Liquidationsmandat sei und aus diesem wirklich gewollten Vertrag die eingeklagten Posten nicht hergeleitet werden können. Denn Ruef habe den Marx einfach beauftragt, seinen Gewerb zu verkaufen und ihm für den Fall des Gelingens eine Provision im Betrage der Differenz zwischen 24,300 Fr. und 26,500 Fr., also von 2200 Fr. = 9 % der erstern Summe zugesichert.

Weil focht dieses Urtheil mit der Appellation an, überließ dann aber die Fortsetzung des Prozeßes seinem Litisdenunziaten Ruef

und dieser übernahm dieselbe auch, allein ohne Erfolg. Denn auch zweitinstanzlich wurde die Klage, obgleich gestützt auf ganz andere Entscheidungsgründe, verworfen.

Gründe:

1. Das Bezirksgericht hat die Klage deßwegen verworfen, weil Voraussetzung derselben das Zustandekommen eines wirklichen Kaufvertrages zwischen dem Cedenten des Klägers und dem Beklagten sei, diese Voraussetzung aber nicht vorliege, weil das Rechtsgeschäft, aus dem die Klageposten hergeleitet werden, sich nach dem *wirklichen* Willen der Kontrahenten im Gegensatz zu dem der äußern Form nach erklärten, nicht als ein Kauf, sondern als ein Liquidationsmandat darstelle. Allein abgesehen davon, daß der Beklagte die Einrede der Simulation nicht gestellt hat und es fraglich ist, ob der Richter die Simulation von Amteswegen berücksichtigen dürfe und abgesehen ferner von der Frage, ob sich der Kläger nicht mit Erfolg auf den Abs. 2 des Art. 16 des O.-R. berufen könnte, ist die Ansicht materiell durchaus nicht haltbar. Die Kontrahenten wollten genau das, was sie erklärt haben, nämlich einen Verkauf des Liegenschaftengewerbes an Marx zum Zwecke des Wiederverkaufs und zwar sollte dieser Wiederverkauf nicht etwa, wie das bei einem Liquidationsmandat der Fall wäre, für Rechnung und im Interesse des Ruef stattfinden, sondern durchaus für Rechnung und im Interesse des Käufers Marx selbst. Es hatte überall nicht die Meinung, daß der letztere gehalten sei, die Rechte, die er in Folge eines ganzen oder theilweisen Wiederverkaufs gegenüber den Widerkäufern erwerbe, dem Ruef abtrete und dieser anderseits auch die entsprechenden Verbindlichkeiten übernehme, sondern der Wille war ganz unzweifelhaft entsprechend der Vertragserklärung der, daß der Beklagte die Liegenschaften wirklich käuflich erwerbe, damit er auf eigene Rechnung damit spekuliren könne. Weil er aber die Spekulation nur bei einem entsprechenden Gewinn machen und dafür Garantie haben wollte, so wurde vereinbart, daß, soweit der in Aussicht genommene Gewinn durch Veräußerung an Dritte nicht zu erzielen sei, derselbe auf dem Wege des Wiederverkaufs an den Verkäufer erhältlich gemacht werden soll. Man hat also neben dem eigentlichen Kaufvertrag zunächst mit Bezug auf die einzelnen Grundstücke und sodann auch mit Bezug auf den ganzen Gewerb einen bedingten Rückkaufsvertrag abgeschlossen mit der Bestimmung, daß, soweit einzelne Grundstücke um den vorgesehenen Anschlagspreis nicht abgesetzt werden können, der Verkäufer dieselben um diesen nämlichen Preis wieder zurückzuerwerben habe und daß wenn der ganze Gewerb nicht zugesagt werden könne, dem Beklagten also, weil die Einzelanschlagspreise nirgends zu erreichen seien, der ganze Gewerb verbleiben würde, der Verkäufer Ruef den ganzen Gewerb um den Gesammtpreis von 26,500 Fr. zurückerwerbe. Damit ist bereits gezeigt, daß auch die Konstruktion eines Kaufvertrages mit einer Resolutivbedingung nicht richtig wäre. Denn der Vertragswille ist ja nicht der, daß der Verkauf an den Beklagten mit der Feststellung, daß ein Wiederverkauf zu den vorgesehenen Preisen nicht möglich sein sollte, dahinfalle, also Ruef soweit die Bedingung eintrete, einfach die betreffenden Liegenschaften wieder zurückzunehmen und das Empfangene zurückzuerstatten habe. Bei *theilweisem* Wiederverkaufe wäre eine solche Rückgängigmachung gar nicht mehr realisirbar gewesen, wohl aber ein Rückverkauf mit Bezug auf das Nichtveräußerte. Und beim Eintritt der zweiten Bedingung, daß gar nichts abgesetzt werden könne, wollte das Geschäft ausgesprochenermaßen auch nicht einfach rückgängig gemacht werden, sondern es wurde bestimmt, daß Ruef den Gewerb in diesem Fall um einen bestimmten, höhern Preis wieder zu übernehmen habe, man hat also auch für diesen Fall einen neuen besondern Vertrag geschlossen.

2. Aus der Folgerung, daß das Rechtsgeschäft, aus welchem die Klageposten abgeleitet werden, in der That ein ernstlich gemeinter Kauf war, folgt nun zunächst, daß auch die Klagansprüche an sich begründet sind, denn die erste Post von 1872 Fr. 60 entspricht dem unbezahlten Kaufrest und die zweite Post von 125 Fr. ist ebenfalls eine

Kaufpreisforderung, die bezahlt werden muß, nachdem durch Abschreibung des angewiesenen 400 Fr. Briefes auf 375 Fr. festgestellt ist, daß der Beklagte eben nicht mehr die ganze Anweisungspost von 400 Fr., sondern 125 Fr. weniger schuldet. Und endlich sind auch die 518 Fr. vollständig liquid gestellt, denn sie betreffen nachgewiesenermaßen zwei dem Beklagten an den Kaufpreis angewiesene Kapitalzinsen, die aber nicht von ihm, sondern in seinem Auftrag von Ruef *für ihn* und auf seine Rechnung abbezahlt worden sind und wofür deßhalb der Beklagte dem letztern ein Obligo ausgestellt hat.

3. Daß der Klaganspruch nicht mit der Behauptung zu Fall gebracht werden kann, es sei der Kaufvertrag wegen des Eintrittes einer Resolutivbedingung dahingefallen, ist bereits gezeigt worden, es wird demselben aber noch die Compensationseinrede gegenübergestellt und diese ist begründet. Wie nämlich bereits in Erwägung 1 gezeigt worden ist, wurde mit dem Hauptvertrag, aus dem geklagt wird, ein bedingter Rückkaufvertrag abgeschlossen, dessen Inhalt der ist, es kaufe der Verkäufer Ruef den gesammten Gewerb für den Fall um die Summe von 26,500 Fr. wieder zurück, als der Beklagte auch nicht einen Theil davon zu den vorgesehenen Einzelanschlagspreisen an Dritte veräußern könne und dieser Rückkaufsvertrag ist wirksam geworden, weil die genannte Bedingung eingetreten ist. Das letztere wird zwar heute bestritten, allein mit Unrecht. Das Vertragsexemplar des Beklagten, das auch die Unterschrift des Ruef trägt, sagt, daß die Bedingung als erfüllt gelte, wenn der vorgesehene Wiederverkauf bis Martini 1888 nicht gelingen sollte und daß er bis dahin nicht gelungen ist, wird nicht bestritten und ist übrigens auch aktengemäß. Wenn aber heute angedeutet wird, es habe der Beklagte nicht den erforderlichen Fleiß angewendet, um einen Wiederverkauf im vorgesehenen Sinne zu ermöglichen, so ist das ein ganz neuer, vorinstanzlich nicht geltend gemachter und deßhalb prozessualisch auch außer Betracht fallender Standpunkt. Denn vor Bezirksgericht hat der Kläger dem Beklagten gegentheils vorgeworfen, daß er sein Rückverkaufsrecht zu spät geltend gemacht habe und betont, daß er damit unmittelbar nach Beendigung der resultatlosen Gant hätte auftreten sollen, ein Standpunkt, der allerdings, wenn daraus ein Verzicht auf jenes Recht hergeleitet werden will, ebenfalls unhaltbar ist. Bei dieser Sachlage ist auch klar, daß die heute dahin gestellten Beweisanerbieten, daß dritte Personen entsprechende Angebote gemacht hätten, verspätet sind.

4. In zweiter Linie nimmt der Kläger den Standpunkt ein, daß der erwähnte Rückkaufsvertrag dahingefallen sei und folgert dieß aus der Nichtaufnahme der betreffenden Bestimmungen in die notarialische Fertigung. Es kann ihm aber auch hier nicht beigepflichtet werden. Daß der Standpunkt haltlos ist, wenn Ruef die Erklärung vom 9. April 1888 (Akt 12 Seite 3) wirklich unterzeichnet hat, ist klar und er hat sie offenbar auch unterzeichnet, was schon eine Schriftenvergleichung ergibt, und wie aus der von seinem heutigen Vertreter abgegebenen Erklärung, daß ihm die Aechtheit der Unterschrift seines Clienten von dem Notariatssubstituten Wintsch, der beklagterseits als Zeuge angerufen wurde, bestätigt worden sei, hervorgeht. Es ist aber gar nicht nöthig, darauf abzustellen, denn die notarialische Fertigung vom 9. April 1888 steht mit dem Rückkaufsvertrag nicht nur nicht im Widerspruch, sondern verweist im Gegentheil auf denselben. Diese Verweisung liegt in der Bestimmung, daß, sofern Ruef von Marx Liegenschaften käuflich zurückerwerben würde, der Kaufrest von 1872 Fr. 60 an der betreffenden Kaufsumme in Abrechnung zu bringen sei, denn daß damit auf einen *freiwilligen* Rückverkauf habe hingewiesen werden wollen, ist ja ganz offensichtlich eine Behauptung, an deren Richtigkeit weder Ruef noch der Kläger glaubt. Der Rückkaufsvertrag soll ferner wegen Unsittlichkeit an Nichtigkeit leiden. Auch davon kann im Ernste keine Rede sein. Denn an sich ist eine derartige Stipulation jedenfalls nicht unsittlich. Von Unsittlichkeit könnte nur gesprochen werden, wenn auf Seite des Beklagten Wucher vorläge. Nun ist das allerdings behauptet worden, allein auch dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden.

Es kommt ja hier nur der auf den Gesammtgewerb bezügliche Rückkaufsvertrag in Frage und dieser sichert dem Beklagten gegenüber dem Hauptvertrag nur einen Vorerlös von 2200 Fr., wovon dann erst noch alle durch den versuchten Wiederverkauf entstandenen Auslagen in Abrechnung kommen. Dazu kommt, daß er in Wahrheit ein grösseres Risiko übernommen hat, als der insolvente Ruef, denn abgesehen von den Compensationsvortheilen wird er von diesem kaum etwas erhältlich machen können.

5. Die Klagoforderung beträgt im Ganzen 2515 Fr. 60; der Beklagte hat aber aus dem Rückkaufsvertrag bedeutend mehr zu fordern, denn der Kaufpreis beträgt 26,500 Fr. und die grundversicherten Schulden, die Ruef bei einer Rückfertigung übernehmen muß, erreichen nur den Betrag von 19,325 Fr., sodaß sich ein Kaufrest ergibt von 7175 Fr. Dieser Kaufrest war mit der Perfektion des Rückkaufsvertrages fällig und diese ist schon vor dem 20. Dezember 1887, dem Tage, an welchem der Beklagte von der geschehenen Cession an den heutigen Kläger Kenntniß erhalten hat, eingetreten, weßhalb sich auch der letztere die Compensationseinrede nach Art. 189 des O.-R. gefallen lassen muß. Der Einwand des Klägers, daß dem Beklagten nur ein Anspruch auf Haltung des Rückkaufvertrages gegenüber Ruef zustehe und mit diesem nicht compensirt werden könne, ist verfehlt. Er beruht auf einer Verwechslung des Anspruches aus dem Rückkaufsvertrag mit der Klage, die behufs Feststellung dieses Anspruches allenfalls hätte erhoben werden können. Der Beklagte hätte eine Klage auf Haltung des Kaufes behufs Feststellung seines Kaufpreisguthabens als Feststellungsklage allerdings stellen können, aber ebensogut hätte die reine Erfüllungsklage auf Zahlung des Kaufrestes gestellt werden können, sobald nur dargethan worden wäre, daß der Beklagte sich bereit gezeigt habe, auch seinerseits zu erfüllen und dieser Nachweis hätte schon vor dem 20. Dezember 1888 geleistet werden können, wie auch weiter zu zeigen möglich gewesen wäre, daß Ruef sich der Rückfertigung ohne Grund widersetzt habe. Wo sich der Käufer beharrlich weigert, das gekaufte Eigenthum zu erwerben, ist der Verkäufer, der ihn ja zum Eigenthumserwerb nicht zwingen kann, befugt, den Kaufpreis einzuklagen. Hat er aber diese Befugniß, Zahlung zu verlangen, so kann er sie zweifelsohne auch auf dem Wege der Compensation geltend machen und dannzumal auch gegenüber einem Cessionaren, wenn ihm dieselbe, wie hier, schon im Zeitpunkte, mit welchem er von der Cession Kenntniß erhielt, zustand. Natürlich bleibt nun dem Ruef überlassen, den Beklagten gegen Anbietung des weitern Kaufrestes auf Rückfertigung des Gewerbes zu belangen, falls er dieß in seinem Interesse liegend erachtet.

6. Nach diesen Ausführungen muß die erstinstanzlich erfolgte Klagabweisung, wenn auch aus andern Gründen bestätigt werden und sind somit auch die zweitinstanzlichen Kosten nebst Entschädigung dem Kläger, als dessen Vertreter ja der Litisdenunciat den Prozeß nur weiter geführt hat, aufzulegen.

Der Briefwechsel

als schriftliche Vertragsform beim Liegenschaftenkauf.

Grundsätzliche Anerkennung seiner Zuläßigkeit als schriftliche Vertragsform. Seine Beschaffenheit, damit er als Erfüllung dieser Form angesehen werden kann.

Obergericht Zürich, Appellationskammer,
14. Mai 1889,
Marti-Deussen ca. Koch-Vlieboon.

J. Marti-Deussen erwarb laut Kaufbrief vom 14. Ohtober 1885:

1. das Wohnhaus Ass.-No. 503 mit circa 4 Aren, 90 qm. und 509 dm. Land, worauf dasselbe steht, gelegen an der Englisch-Viertel-Straße in Hottingen. Als dritter Anstoß ist im Kaufbrief genannt: „an Käufers nachbezeichnetes Land“;
2. ein Oekonomiegebäude mit Gewächshaus Ass.-No. 571, nebst 9 Aren Land, worauf dieses Gebäude steht, *im Uebrigen Garten*, anstoßend: 2. an Wohnhaus Ass.-No. 503 des Käufers oben.

Aeußerlich waren die beiden Grundstücke getrennt durch eine Grünhecke mit 2 Oeffnungen, welch letztere den Verkehr zwischen Garten, Oekonomiegebäude und Gewächshaus einer- und Wohnhaus anderseits ermöglichten.

Am 4. Oktober 1887 verreiste Marti-Deussen mit Familie nach Rio Janeiro, wo er einem Handelsgeschäfte vorzustehen hatte. Von dort schickte er dem Ingenieur Albert Westermann in Hottingen eine, das Datum des 10. Januar 1888 tragende Vollmacht, dahin gehend, daß er in seinem Namen Miethverträge abschliessen oder Agenten mit der Vermiethung des Hauses beauftragen und rechtsgültige Quittungen ertheilen könne. „Ueberhaupt, — heißt es, daran anschließend, — erkläre ich mich mit Allem einverstanden, was besagter Herr Westermann in meinem Interesse zu thun oder zu zahlen für nöthig erachtet.“

Anstößer an die Marti'sche Liegenschaft (speziell an den Garten mit Gewächshaus etc.) war Müller-Widmer. In seinem Haus wohnte Ernst Koch-Vlieboon. Mit Brief vom 31. März 1888 schrieb nun Westermann an Marti in Rio, es habe genannter Herr Koch indirekt bei ihm anfragen lassen, ob sein, Martis Garten (ca. 9500 m²) nicht verkäuflich sei, Marti wolle ihm deßhalb, wenn er zu verkaufen wünsche, den äußersten Preis sowohl bezüglich seiner ganzen Liegenschaft als auch bezüglich des Gartens mit Oekonomiegebäude, Gewächshaus etc. allein nennen und ihn auch mit den übrigen Details eines Verkaufes, Anzahlung, Hypotheken etc. bekannt machen. Koch scheine zwar nur auf den Garten zu reflektiren, allein er nehme an, daß es ihm, Marti, lieber wäre, gerade das ganze Besitzthum verkaufen zu können. Mit einem zweiten Brief vom 29. Mai 1888 übermittelte Westermann dem Marti eine schriftliche Kaufsofferte des Koch mit Bezug auf den Garten allein, beifügend: „Falls Sie einverstanden sein sollten, so wollen Sie Jemandem hier Vollmacht geben, um den Vertrag abschliessen und die Fertigung vornehmen zu können. Ich stehe gerne zu Diensten.“ Die genannte Kaufsofferte ging dahin, er, Koch, sei geneigt, das Stück Land *mit den daraufstehenden Schöpfen, Gewächshaus, Pflanzen etc.* käuflich zu erwerben. *Dasselbe grenze nördlich an die von ihm bewohnte Müller'sche Liegenschaft, sei südlich durch einen lebenden Zaun begrenzt und enthalte circa 9500 m²*. Er offerire 26,000 Fr. und zwar als Baarzahlung. Er könne aber den Kauf nur abschliessen, wenn es ihm gelinge, gleichzeitig auch die Müller-sche Liegenschaft, die er gegenwärtig bewohne, zu erwerben. Diesen Kauf hoffe er bis Ende Juli bewerkstelligen zu können und sein Antrag gehe also dahin, daß der Vertrag mit Marti in dem beantragten Sinne als geschlossen gelten solle, wenn der Erwerb der Widmer'schen Liegenschaft bis Ende Juli 1888 möglich sei. Koch fügte im Begleitschreiben an Westermann bei: „Nimmt er (Marti) meine Offerte an, so könnte er Sie per Drath avisiren, damit ich bis zum Eintreffen der schriftlichen Antwort mit Müller unterhandeln kann.“

Mit Begleitschreiben vom 25. Juni übersandte Marti dem Westermann eine vom nämlichen Tage datirte direkte Antwort an Koch folgenden Inhalts:

„Durch gütige Vermittlung Westermanns ersehe ich, daß Sie geneigt sind, den Garten, der zu meinem Grundstück im englischen Viertel gehört, mit den darauf befindlichen Gebäulichkeiten und Pflanzen für rund 26,000 Frkn. zu kaufen. Ich erkläre Ihnen hiemit, daß ich Ihre Offerte *annehmen werde*, falls Sie mit der Fertigung warten wollen bis zum nächsten Monat September, in welchem ich nach Zürich kommen werde, um Ihnen das fragliche Grundstück ohne Servitut und frei zu überliefern, da augenblicklich Hypotheken darauf lasten.“

Im erwähnten Begleitschreiben an Westermann ist gesagt: Wir wären geneigt gewesen, die Offerte des Herrn Koch per Drath anzunehmen, doch kann dieß nur bedingungsweise geschehen, wenn Herr Koch mit der Fertigung warten will bis im September, weil auf Haus und Garten Hypotheken haften, von denen uns nicht genau erinnerlich ist, wie sie gefertigt sind. *Will Herr Koch auf diese Bedingung eingehen, so kann er den Kauf als abgeschlossen betrachten.*“ Mit

Begleitschreiben vom 22. Juli übermittelte Westermann diese Antwort des Marti an Koch und nachdem dieser dann die Müllersche Liegenschaft erworben hatte, übermittelte er dem Westermann am 28. Juli eine vom gleichen Tage datirte Antwort an Marti zur Beförderung, bemerkend: „Aus unserer mündlichen Unterredung resultirt, daß Sie mich Namens des Herrn Marti autorisiren, das Kaufsobjekt anzutreten, daß jedoch bis zum Tage der Fertigung eine Zinsberechnung auf der Kaufsumme nicht stattfindet.“ Die beigelegte Zuschrift an Marti lautet: „Aus Ihrem Geehrten vom 25. Juni ersehe ich, daß Sie geneigt sind, mir Ihren Garten sammt Pflanzen und Gebäulichkeiten um die Summe von 26,000 Fr. käuflich zu überlassen mit der Bedingung, die Fertigung erst nach Ihrer Rückkunft, wahrscheinlich im September, vorzunehmen. Ich erkläre mich damit einverstanden *und ist somit die Angelegenheit in Ordnung*. Auf Wunsch des Herrn Westermann werde ich das Kaufsobjekt schon nächster Tage antreten und die Besorgung des Gartens übernehmen, jedoch in der Meinung, daß ich bis zum Tage der Fertigung keine Zinsen auf der vereinbarten Kaufsumme zu vergüten habe.“

Mit Brief vom 18. August 1888, von dem indessen Koch keine Kenntniß erhalten haben will, schrieb Marti an Westermann: „Ich bitte Sie höflich, Ihre unangenehme Korrespondenz einzustellen und alle Arbeiten an meinem Garten zu verschieben, denn es paßt mir durchaus nicht, daß willkürlich gegen mein Eigenthum verfahren wird.“ In einem direkt an Marti übermittelten Brief vom 30. September bestätigte Koch sein Schreiben vom 28. Juli, bemerkend: „Aus Ihrem Stillschweigen entnehme ich, daß Sie mit dessen Inhalt in allen Theilen einverstanden sind.“ Dann aber verlangt Koch hier die Bevollmächtigung eines Dritten zur Vornahme der Fertigung, falls sich die Rückkunft Martis noch länger verzögern sollte, indem er meint, daß die Hypotheken dabei gar kein Hinderniß bilden, denn der eine Briefgläubiger habe bereits seine Zustimmung gegeben, daß das Wohnhaus Martis der Pfandschaft entlassen werde und einen Kreditversicherungsbrief der Leihkasse Zürich, in dem das Wohnhaus ebenfalls verschrieben sei, habe er selbst erworben und könne der Titel gelöscht werden. In seiner Antwort vom 23. Oktober nannte Marti die Besitzesergreifung des Gartens durch Koch einen frechen und zugleich lächerlichen Akt, gegen den er sich zu wehren wissen werde.

Am 21. Januar 1889 kehrte er zurück und versuchte nun, den Koch auf dem summarischen Prozeßwege aus dem Besitz zu weisen, es ging aber nicht, immerhin wurde dem Koch Frist angesetzt, um seinerseits die Kaufserfüllungsklage auf notarialische Fertigung zu stellen, was dann geschah. Die Frage war die, ob wirklich ein perfekter Liegenschaftenkauf zu Stande gekommen sei oder nicht. Dieselbe wurde von beiden Instanzen bejaht und demnach die Klage gutgeheißen.

Gründe:

1. Die Klage ist die Kaufserfüllungsklage des Käufers gegenüber dem Verkäufer und es hängt ihre Gutheißung nach der Stellung, die der Beklagte im Prozesse einnimmt, lediglich davon ab, ob es, wie der Kläger behauptet, zwischen den Litiganten wirklich zu einem perfekten und rechtsgültigen Kaufsabschlusse gekommen ist oder nicht.

2. Was die Form betrifft, so handelt es sich um einen Vertragsschluß durch Briefwechsel und es muß in Anlehnung an einen kürzlich gefällten Entscheid dießseitiger Stelle in Sachen der Handelsgesellschaft Zürich ca. Aegeter (abgedruckt in H. E. VIII, pag. 107 u. f.) grundsätzlich anerkannt werden, daß nach dem zur Zeit geltenden privatrechtlichen Gesetzbuch, unter dessen Herrschaft die in Frage kommenden Vertragsunterhandlungen fallen, auch ein Liegenschaftenkauf in der Form des bloßen Briefwechsels gültig abgeschlossen werden kann. Es folgt dieß aus dem § 414 des P. G.-B., welcher für die Gültigkeit von Verträgen über Veräußerung von Liegenschaften die schriftliche Abfaßung und Unterzeichnung verlangt und bezüglich der Frage, wann diese Form als erfüllt gelten solle, in Anlehnung an die Uebergangsbestimmung des § 1089 auf die Art. 11 u. folg. des Schw. Obligationenenrechts verweist in Verbindung mit der Thatsache, daß der Art. 12

des letztgenannten Gesetzes, auf den damit ebenfalls verwiesen ist, bestimmt, daß als schriftliche Form, soweit nicht etwas Anderes gesetzlich vorgeschrieben sei, auch der Briefwechsel gelte. Indessen muß immerhin und zwar in aller erster Linie für den Liegenschaftenkauf daran festgehalten werden, daß nicht jeder Briefwechsel, aus dessen Gesammtinhalt in Verbindung mit allen Nebenumständen allenfalls eine Einigung der Parteien über den wesentlichen Vertragsinhalt herauskonstruirt werden kann, als Erfüllung der schriftlichen Vertragsform gelten kann. Es muß vielmehr im Weitern feststehen, daß die Contrahirenden auch das Bewußtsein und den Willen hatten, daß ihre Erklärungen in der Korrespondenz Vertragserklärungen und ihre Briefunterschriften Vertragsunterschriften seien und folglich der Schluß der Korrespondenz, falls sie eine Einigung zur Folge hatte, mit dem Schluß des Vertrages als eines perfekten und rechtsverbindlichen identisch sei.

3. Im vorliegenden Falle muß nun aber der Liegenschaftenkauf auch bei Annahme dieser strengen Auffassung als zu Stande gekommen erklärt und demnach die Klage gutgeheißen werden. Was zunächst die Frage nach der Einigung der Parteien über alle wesentlichen Bestandtheile des Vertrages betrifft, so ergibt sich diese Einigung aus der vorliegenden Korrespondenz mit aller nur wünschbaren Deutlichkeit. Die Kaufsofferte des Klägers vom 29. Mai 1888 beschreibt den Kaufsgegenstand sowohl an sich als hinsichtlich seines Umfanges, namentlich aber mit Bezug auf seine Abgrenzung gegen das übrige Grundeigenthum des Beklagten so deutlich, daß dieser sofort darüber im Klaren sein mußte, was gekauft werden wolle. Er bestreitet auch gar nicht, daß er, wie der Kläger, als Kaufgegenstand das in Frage stehende Grundstück sammt den Schöpfen, Gewächshaus etc. angesehen habe und will nur glauben machen, er habe sich die Grenzverhältnisse auf der seinem übrigen Land zugekehrten Seite anders vorgestellt. Allein dem kann nicht so sein, weil der Kläger hier als Grenze den bestehenden, lebenden Zaun, also ein ganz markantes, dem Beklagten sehr wohl bekanntes, thatsächliches Grenzzeichen genannt und angesprochen hat. Damit stimmt, daß der Beklagte in seiner Antwort vom 25. Juni auch nicht die kleinste Andeutung dahin gehend macht, als wäre ihm die Bezeichnung des Kaufsobjektes durch den Kläger nicht klar und daß er gegen die Bezeichnung des lebenden Haages als Grenze weder opponirt, noch auch nur einen Vorbehalt macht. Ob der vom Kläger in seiner Offerte angegebene Flächeninhalt von ca. 9500 m² mehr oder weniger genau zutrifft, ist für die Frage der Einigung über das Kaufsobjekt völlig gleichgültig Angesichts der Thatsache, daß beide Theile die nämlichen örtlichen Grenzen im Auge hatten und der Preis in einer Pauschalsumme und nicht per m² festgesetzt wurde. Die Korrespondenz zeigt aber auch eine Einigung über den Kaufpreis und dessen Zahlung. Der erstere wurde auf 26,000 Fr. festgesetzt und bezüglich der Zahlung bestimmt, daß sie baar, d. h. offenbar bei der notarialischen Fertigung, also Zug um Zug stattzufinden habe. Die Art der Ablösung oder Ausscheidung der grundversicherten Schulden ist ein Nebenpunkt, welcher keiner besondern Regulirung bedurfte, um den Vertrag zur Perfection gelangen zu lassen und ebensowenig kann der Mangel einer besondern Einigung über den Besitzesantritt als ein die Vertragsperfection schlechthin hindernder Umstand angesehen werden.

4. Daß aber die Parteien auch die Meinung hatten, es solle der Vertrag mit der Einigung über Objekt und Preis, wenn gleich als bedingter, sofort perfect und verbindlich sein, ihre Briefunterschriften also als Vertragsunterschriften gelten, ergibt sich aus Folgendem: Der Kläger war nach seiner Offerte vom 29. Mai für den Fall, als ihm der Ankauf des Müllerschen Heimwesens gelingen sollte, auch *ganz fest* zum Kauf des beklagtischen Gartens entschlossen und er wollte nicht riskiren, daß er das Müllersche Heimwesen erwerbe und sich dann die Unterhandlungen mit dem Beklagten zerschlagen. Deßhalb verlangte er ausdrücklich eine *verbindliche* Erklärung des Beklagten, d. h. eine Erklärung, die, im Falle sie seine Offerte überhaupt decke, zum perfekten und verbindlichen Vertrag führe, falls es ihm gelinge, das Müller-

sche Heimwesen bis Ende Juli 1888 zu erwerben. Die Annahme seiner Offerte durch den Beklagten sollte sofort zum verbindlichen, wenn auch bedingten Vertragsabschluß führen. Diese Auffassung war so deutlich ausgesprochen, daß sie dem Beklagten nicht entgehen konnte. Wenn aber hienach anzunehmen ist, daß er wußte und wissen mußte, es werde der Kläger seine einfache Acceptation als sofort verbindlich betrachten und dennoch keinen Vorbehalt machte, so muß auch angenommen werden, daß er seine Erklärung ebenfalls als verbindliche abgeben wollte. Nun drückte sich Marti allerdings dahin aus: „daß ich Ihre Offerte annehmen *werde,* falls Sie mit der Fertigung bis Ende September zuwarten wollen." Allein mit dieser Ausdrucksweise wollte er, wie sein Begleitschreiben an den Vermittler Westermann beweist, nicht sagen, daß es zur Perfection noch einer weitern Erklärung seinerseits bedürfe, sondern er wollte nur ausdrücken, daß der Abschluß nicht sofort stattfinde, sondern noch von der Annahme seiner Bedingung, daß die Fertigung erst Ende September erfolge, abhänge. Mit dieser Annahme aber sollte die Perfection sofort und ohne Weiteres eintreten. Die Wendung: „daß ich annehmen *werde*", ist einfach eine etwas ungeschickte Wiedergabe dieses letztern Gedankens. Eine andere Auffassung ist Angesichts der Erklärung im citirten Begleitschreiben an Westermann: „Will Koch auf diese Bedingung eingehen, so kann er den Kauf als abgeschlossen betrachten", nicht möglich und sie entspricht auch ohnehin den Verhältnissen, sobald man in Betracht zieht, daß der Beklagte wußte, er müsse den Kläger wegen dem Ankauf des Müllerschen Heimwesens möglichst bald ins Klare setzen, ob er auf den Erwerb seines Gartens rechnen könne oder nicht. Der Kläger erklärte sich mit der Hinausschiebung der Fertigung sofort einverstanden und mit dem Empfang dieses Briefes seitens des Beklagten war der Vertrag perfect und nach dem Willen der Contrahenten verbindlich. Das spätere Verhalten des Beklagten, das seinen Grund lediglich in einem, vielleicht nicht ganz ungerechtfertigten Aerger über die sofortige Besitzesergreifung des Kaufsobjektes durch den Kläger hat, stellt sich bereits als Versuch zum Rücktritt von einem perfekten Geschäfte dar, der zunächst nicht einmal gegenüber dem Kläger selbst, sondern bloß gegenüber Westermann gemacht wurde. Die Auffassung des Klägers, daß der Vertrag mit seiner Annahme der spätern Fertigung sofort perfekt und verbindlich sei, ist auch ganz deutlich in seinem bezüglichen Brief vom 28. Juli mit den Worten: „und ist somit die Angelegenheit in Ordnung", ausgedrückt. Gleichwohl hat aber der Beklagte ihm gegenüber, wenigstens zunächst, keine andere Meinung geltend gemacht. Sollte der Beklagte der Ansicht gewesen sein, daß die Besitzesübergabe erst mit der Fertigung eintreten solle, so ändert dieß an der Perfection des Vertrages nichts, sondern kann in Verbindung mit der weitern Annahme, daß auch Westermann zu einer frühern Besitzesübergabe nicht befugt gewesen sei, bloß zur Folge haben, daß der Kaufpreis, wie auch das Bezirksgericht angenommen hat, schon von der wirklichen Besitzesübergabe an zu verzinsen ist.

Gemischter Vertrag

(aus Miethe und Kauf).

Der Mangel einer vertraglichen Einigung über den Kaufpreis als Grund für die Ungültigkeit des *ganzen* Geschäftes.

Obergericht Zürich, Appellationskammer,
4. Mai 1889.
Schmied ca. Nagler.

Mit Vertrag vom 21. Dezember 1888 vermiethete die Frau Regina Nagler in Außersihl dem G. Schmied, Militairstraße daselbst, alle zur Wirthschaft und Herberge zum Pfauen in Außersihl gehörenden Räumlichkeiten nebst dem nöthigen Wirthschafts- und Logirzimmermobiliar, über welch letzteres ein Inventar aufgenommen werden sollte. Der Antritt der Miethe wurde auf 1. Jenner 1889 festgesetzt mit vierteljährlicher Kündigung auf 1. April, 1. Juli, 1. Oktober u. 1. Jenner. Der § 3 des Vertrages fixirt einen jährlichen

Miethzins von 5000 Fr., zahlbar *zum Voraus* in monatlichen Raten von je 416 Fr. 70, wovon die erste Rate sofort mit der Unterzeichnung des Vertrages entrichtet werden soll. Im § 5 wird dem Miether die Verpflichtung aufgelegt, zur Sicherstellung des Mobiliars sowie als Garantie für Einhaltung der Vertragsbestimmungen überhaupt eine Baarkaution von 2000 Frkn. zu leisten und der § 11 bestimmt endlich: „Der Miether übernimmt die vorhandenen Spirituosen und Getränke gegen baar.“

Die erste Zinsrate wurde nicht sofort bezahlt, wie Schmied behauptet, aber von der Frau Nagler nicht zugegeben wird, weil ihm die letztere erklärt habe, er könne dann beim Einzug bezahlen.

Am 31. Dezember Nachts kam Schmied in den Pfauen und er will bei diesem Anlaß sowohl den ersten Monatszins von 416 Fr. 70 als die Baarkaution von 2000 Fr. anerboten haben, die Frau Nagler habe aber erklärt, sie wolle vom Vertrag nichts mehr wissen, sondern die Wirthschaft selbst wieder betreiben. Die Richtigkeit dieser Darstellung wird von der letztern bestritten und geltend gemacht, daß keine Zahlung offerirt, wohl aber von Schmied erklärt worden sei, er könne die Spirituosen und Getränke, zu deren Uebernahme gegen Baarzahlung er sich in § 11 verpflichtet hatte, nicht brauchen, da er schon solche besitze, wenn sie, Frau Nagler, aber darauf beharren würde, so müßte er verlangen, daß die Vertragsdauer auf mindestens ein Jahr *fest* fixirt würde. Da sie sich einfach auf den Boden des bestehenden Vertrages gestellt habe, so sei eine Einigung nicht möglich gewesen und Schmied fortgegangen. Am 3. Jenner 1889 ließ Frau Nagler eine amtliche Anzeige an Schmied abgehen, die dieser am 5. Jenner erhielt und worin er aufgefordert wird, innerhalb 6 Tagen seinen vertraglichen Verpflichtungen betreffend Zinszahlung, Cautionsleistung und Uebernahme der Spirituosen und Getränke gegen Baarzahlung nachzukommen, ansonst der Vertrag als aufgehoben betrachtet und allfällige Entschädigungsansprüche vorbehalten würden. Am 10. Jenner machte darauf Schmied Miene, einzuziehen, indem er mit einem Wagen und etwas Mobiliar vor dem Pfauen erschien. Am gleichen Tage beschwerte er sich aber beim Audienzrichter des Bezirksgerichtes Zürich, daß ihm der Einzug nicht gestattet worden sei, obgleich er die sofortige Baarzahlung der Zinsrate und der Caution von 2000 Fr. anerboten habe. Die Frau Nagler hätte überdem sofortige Baarzahlung der Spirituosen und Getränke und zwar mit einem ganz einseitig normirten, weit übersetzten Betrag verlangt, was ihm kaum zugemuthet werden könne.

Der Audienzrichter gestattete darauf dem Schmied die Deposition der 2416 Fr. 70 Rp., stellte der Frau Nagler den Betrag zur Verfügung und befahl ihr, den Schmied sofort einziehen zu lassen. Diese Verfügung wurde dann aber auf das Gesuch der Vermietherin und da sie behauptete und zum Beweise verstellte, daß Schmied ihr auch am 10. Jenner keinerlei Zahlung offerirt und sich positiv geweigert habe, die Spirituosen und Getränke überhaupt zu übernehmen, am 14. Jenner wieder aufgehoben und Schmied ins ordentliche Verfahren verwiesen. Am 22. Jenner forderte Schmied die Vermietherin auf, binnen 4 Tagen zu erklären, ob sie ihn einziehen lassen wolle oder nicht, ansonst angenommen würde, sie weigere sich, ihrerseits den Vertrag zu erfüllen. Darauf kam die Antwort, daß obgleich eine bezügliche Pflicht nicht mehr bestehe, man den Vertrag auch jetzt noch erfüllen wolle, wenn der Miether vor dem Einzug und innert 4 Tagen gemeinsam mit der Vermietherin ein Inventar über die vorhandenen Vorräthe und Mobilien aufnehme und für die zu übernehmenden Vorräthe Baarzahlung leiste, sowie Zins und Caution entrichte. Darauf antwortete Schmied mit einer Schadenersatzklage im Betrage von 2500 Fr., indem er unter Wiederholung und zur Beweisverstellung der erwähnten Vorgänge geltend machte, daß die Beklagte den Vertrag einseitig gebrochen und ihn dadurch zum Rücktritt mit Anspruch auf Schadenersatz berechtigt habe (Art. 122 und 124 des O.-R.). Die Beklagte wendete ein:

1. daß ein perfecter Vertrag überhaupt nicht zu Stande gekommen sei, weil sich das vorliegende Rechtsgeschäft als ein au-

Miethe und Kauf gemischtes darstelle und Mangels einer Preisbestimmung über die verkauften Spirituosen und Getränke nicht zur Perfection gelangt sei, — und

2. daß eventuell der Vertragsbruch auf Seite des Klägers liege, weil er mit seinen Leistungen in Verzug gerathen sei und sich bestimmt geweigert habe, die Spirituosen und Getränke zu übernehmen.

Die Klage wurde unter Gutheissung der ersten Einrede verworfen.

Gründe:

1. Der Kläger leitet seine Schadenersatzforderung aus einem vertraglichen Verschulden der Beklagten ab, Voraussetzung für das Vorhandensein eines solchen ist aber vor allem aus die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes, aus dessen Nichterfüllung der Schadenersatzanspruch abgeleitet wird und an dieser Voraussetzung gebricht es im vorliegenden Falle, weßhalb die Klage ohne Weiters abgewiesen werden muß.

2. Nach der Vertragsurkunde vom 21. Dezember 1888 haben sich die Parteien darüber geeinigt, daß der Kläger die der Beklagten gehörende Wirthschaft und Herberge sammt dem Mobiliar zu einem in monatlichen Raten zum Voraus zu bezahlenden jährlichen Zinse von 5000 Fr. auf den 1. Jenner 1889 miethweise, sowie die vorhandenen Spirituosen und Getränke gegen baar kaufsweise übernehme. Es handelt sich somit um einen aus Miethe und Kauf gemischten Vertrag. Derselbe leidet aber an dem erheblichen Mangel, daß hinsichtlich der Kaufsobjekte der Preis weder in der Urkunde genannt, noch sonst irgend wie bestimmt oder ein auf seine Bestimmung abzielendes Verfahren normirt worden ist. Und dieser Mangel hindert das Zustandekommen des Kaufvertrages, da die Einigung über den Preis eine der wesentlichen Voraussetzungen eines Kaufes ist. Würde es sich bei diesem Theile des gesammten Vertragsinhaltes nur um unerhebliche Werthe handeln, so könnte allenfalls gesagt werden, daß der Mangel einer Einigung der Parteien hinsichtlich dieses Punktes das Zustandekommen eines Vertrages rücksichtlich der übrigen Punkte nicht hindere. Nach den Angaben der Beklagten aber handelt es sich um Getränke im Werthe von 2500—3000 Fr. und wenn nun auch der Kläger die Höhe dieser Schatzung nicht anerkannt hat, so ist dieß ohne Belang, weil es wesentlich nur darauf ankommt, was die Beklagte als Verkäuferin dafür gefordert hat. Wenn aber auch der wirkliche Werth ein etwas geringerer wäre, als die genannte Summe, so darf immerhin als feststehend erachtet werden, daß der vom Kläger beim Antritt der Miethe zu übernehmende Vorrath an Getränken ein sehr bedeutender war und daß es daher sehr begreiflich ist, wenn die Beklagte, welche die bisher von ihr geführte Wirthschaft aufzugeben und dem Kläger zu überlassen beabsichtigte, dieß nicht thun wollte, ohne Sicherheit dafür zu haben, daß der Weinvorrath, mit dem sie als Privatperson nichts anzufangen gewußt hätte, von dem neuen Miether übernommen werde. Die in § 11 des Vertrages aufgenommene Bestimmung ist daher eine so erhebliche, daß anzunehmen ist, die Beklagte hätte ohne den gleichzeitigen Kaufvertrag auch den Miethvertrag mit dem Kläger nicht abgeschlossen, die Gültigkeit des erstern habe also nach der Vertragsmeinung eine unerläßliche Voraussetzung für die Gültigkeit des letztern gebildet, woraus dann von selbst folgt, daß dieser mit jenem dahinfällt.

Haftpflicht des Familienhauptes aus Art. 61 des O.-R.

Ein Beitrag zum Begriff: „des üblichen und durch die Umstände gebotenen Maßes von Sorgfalt in der Beaufsichtigung".

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 4. Mai 1889.
Schmied ca. Ruppert.

Am Fastnachtmontag den 20. Februar 1888 befanden sich in Robenhausen-Wetzikon eine Anzahl Knaben bei einander auf der Gaße. Ein Ergänzungsschüler der 3. Klasse, der 15jährige Adolf Weber hatte eine kleine Pistole bei sich, mit der er ab und zu schoß.

Sein Kamerad, der 14jährige Albert Ruppert, wünschte auch einmal einige Schüsse abfeuern zu dürfen und Weber gab ihm die Pistole. Beim ersten Schuß ging es gut, der zweite aber sollte einen Unfall nach sich ziehen. Es kamen nämlich auch *kleinere* Knaben hinzu, die jeweilen den Besitzer der Pistole umstanden und nicht weg wollten. Bevor sich Ruppert anschickte, den zweiten Schuß abzufeuern, befahl er diesen Knaben, wegzugehen und es gehorchten alle bis auf einen, den 10jährigen Alfred Schmied, der auf die Worte des Ruppert, er solle weggehen, er schiesse jetzt, geantwortet haben soll: „du kannst ja dann den Doktorkonto bezahlen." Diesem Alfred Schmied nun flog beim Abfeuern des zweiten Schusses der Papierpfropfen, welcher beim Laden verwendet worden war, in die rechte Gesichtshälfte und traf dabei namentlich auch das rechte Auge, welches eine starke Quetschung erhielt. Wie es zuging, daß Schmied getroffen wurde, ist nicht vollständig aufgeklärt.

Indessen erklärt der Schütze Ruppert und es wird diese Darstellung wenigstens von einem Zeugen bestätigt (die andern konnten gar keine genauern Angaben machen), die in die Höhe gehobene Pistole habe beim Losdrücken versagt und er dieselbe deßhalb in der Meinung, der Hahn sei nicht vollständig aufgezogen, gesenkt, um den letztern vollständig aufzuziehen. Dabei sei dieser ihm aber aus den Fingern entschlüpft und der Schuß losgegangen. Eine andere, indessen nur auf Hörensagen beruhende Version geht dahin, daß Ruppert die in die Höhe gehobene Pistole beim Losdrücken unwillkürlich zu viel habe fallen lassen, während der verletzte Knabe, ohne jedoch von Jemandem unterstützt zu werden, behauptet, Ruppert hätte direkt auf ihn gezielt.

Die über den Fall eingeleitete Strafuntersuchung wurde sistirt, weil die Verletzung des Alfred Schmied lediglich einem unglücklichen Zufall und nicht strafbarer Fahrläßigkeit eines Betheiligten zuzuschreiben sei.

Der Vater des Alfred Schmied erhob nun aber als natürlicher Vormund seines Sohnes für diesen gegenüber dem Vater des unglücklichen Schützen Albert Ruppert, dem Maler Eduard Ruppert eine Schadenersatzklage, mittelst welcher 500 Fr. Entschädigung gefordert wurden. Der Anspruch wurde in rechtlicher Beziehung auf den Art. 61 des O.-R. gestützt, also aus der hier normirten Haftung des Familienhauptes für den durch Familienglieder verursachten Schaden abgeleitet. Der Beklagte bestritt aber die Klage, weil sich aus den Strafuntersuchungsakten sofort ergebe, daß nicht eine Verletzung des üblichen oder durch die Umstände gebotenen Maßes von Sorgfalt in der Beaufsichtigung seines Knaben, sondern ein schuldhaftes Verhalten des verletzten Knaben selbst den Unfall verursacht habe.

Der Augenarzt Professor Haab berichtete dem Gericht am 29. Januar 1889: In Folge der Contusion, welche das rechte Auge des Alfred Schmied betroffen habe, sei Starrbildung eingetreten und das Sehvermögen auf $^1/_{10}$ des Normalen gesunken. Sobald aber völlige Reifheit des Starres eingetreten sein werde, sei eine operative Entfernung desselben möglich und werde dann das Auge, mit einem starken Brillenglas bewaffnet, wieder ordentlich sehen können, ein *Zusammenarbeiten* beider Augen aber sei für die Zukunft ausgeschlossen und deßhalb nur eine Berufswahl möglich, die nicht allzugroße Anforderungen an die Augen stelle, welche Beschränkung er als einen erheblichen Nachtheil betrachte.

Die Klage wurde zweitinstanzlich abgewiesen.

Gründe:

1. Da die Klage einzig auf den Art. 61 des O.-R. gestützt wird und nach der Sachlage in der That auch nur eine Haftpflicht des Beklagten aus dieser Gesetzesstelle in Frage kommen kann, so ist das Fundament derselben an sich gegeben durch die unbestrittenen Thatsachen, daß der Knabe des Beklagten, über den er die häusliche Aufsicht zu führen rechtlich verpflichtet ist, den als Kläger auftretenden Knaben Alfred Schmied in das rechte Auge geschossen und ihm dadurch unzweifelhaft einen gewissen Schaden zugefügt hat.

2. Der Beklagte kann sich aber von der Haftpflicht befreien, wenn er darzuthun ver-

mag, daß er das übliche und durch die Umstände gebotene Maß von Sorgfalt in der Beaufsichtigung seines Knaben beobachtet habe und dieser Nachweis muß natürlich auch dann als geführt betrachtet werden, wenn gesagt werden muß, daß hier weder durch die Uebung noch durch die Umstände die Beobachtung eines besonderen Maßes von Sorgfalt in der Beaufsichtigung des Knaben geboten gewesen sei, zumal in diesem Falle selbstredend auch von einer Verletzung dieses Maßes von Sorgfalt nicht gesprochen werden kann. Und nun liegt in concreto dieser letztere Fall vor. Es ergibt sich dieß ohne Weiteres aus den Verhältnissen selbst und muß deßhalb der Richter auch ohne eine besondere Beweisantretung seitens des Beklagten darauf abstellen (siehe H. E. VII, 73).

3. Eine besondere Aufsicht über Knaben im Alter von 14 Jahren ist nämlich bei uns weder zu Stadt noch zu Land das übliche. Regel ist vielmehr, daß solche Leute, besondere Vorhaben ausgenommen, sich selbst überlassen werden. Es kann sich somit nur fragen, ob etwa durch *die Umstände* eine besondere Aufsicht geboten gewesen sei, allein auch darauf ist eine verneinende Antwort zu geben. Hätte der Knabe des Beklagten eine Schußwaffe von Hause mitgenommen oder der letztere gewußt, daß derselbe sich der Waffe eines Dritten bedienen wolle, um zu schiessen, so hätte ihm allerdings eine besondere Beaufsichtigung zur Pflicht gemacht werden müssen, weil Jedermann weiß, daß die Handhabung von Schußwaffenn ein Maß von Vorsicht und Umsicht erheischt, das 14jährigen Knaben noch nicht eigen ist und das daher durch Ueberwachung ergänzt werden muß. Nun ist aber der Knabe des Beklagten ohne Waffe auf die Straße gegangen und im Uebrigen nicht einmal behauptet worden, noch sonst aus den Akten ersichtlich, daß der Beklagte gewußt habe, sein Sohn wolle sich überhaupt mit Schießen belustigen.

Miethe.

Anspruch des Miethers auf Zinsreduktion wegen theilweiser Nichterfüllung der Verpflichtungen des Vermiethers (Art. 277 des O.-R.).

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 14. Mai 1889.

Der Vermiether eines ganzen Wohnhauses verpflichtete sich im Miethvertrag vom 17. September 1887, bis zum vertraglich vorgesehenen Miethantritt (1. Oktober 1887) das Haus mit einer Quellwasserleitung in Küche, Badezimmer, Abtritt und Garten zu versehen. Beim Einzug war die Wasserleitung wirklich da, allein das Wasser lief längere Zeit trübe und es leitete die Mietherin aus diesem Umstande später, als vielfache anderweitige Differenzen zwischen ihr und dem Vermiether entstanden waren, ein Zinsreduktionsbegehren im Betrage von 100 Fr. ab. Da das Begehren, wie anderweitige Ansprüche, bestritten wurde, kam es zum Prozeß. Die Klägerin siegte aber ob.

Gründe:

Obschon gestützt auf das Expertengutachten der Ansicht der ersten Instanz beizupflichten ist, daß eine schuldhafte Nichterfüllung der versprochenen Leistung auf Seite des Beklagten nicht vorliege, sondern die ungenügende Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtung zur Lieferung von Quellwasser dem Zufalle zur Last zu legen sei und deßhalb seine Verpflichtung zu Schadenersatz aus Art. 110 des O.-R. wegfällt, muß doch aus Art. 277 Abs. 2 daselbst und allgemeinen Grundsätzen (vergleiche §§ 1503 und 1504 des alten privatrechtlichen Gesetzbuches) der Schluß gezogen werden, daß auch, wenn nur durch Zufall, ohne jedes Verschulden des Vermiethers, das Miethobjekt, in einen vertragswidrigen Zustand geräth, der Miether eine Reduktion des Miethzinses verlangen darf. Nun geht aus den Zeugenaussagen hervor, daß das Wasser der neuen Leitung in der That längere Zeit nicht selten trübe und mit Sand vermischt war, und es kann keinem Zweifel unterliegen, daß seine Gebrauchsfähigkeit dadurch erheblich beeinträchtigt

wurde. Es ist auch vom Beklagten nicht behauptet worden, daß hiebei ein Verschulden mitgewirkt habe. Aus den Aussagen des Zeugen Schlatter muß der Schluß gezogen werden, daß die zeitweilige Trübung des Wassers, wenn auch in abnehmendem Grade, bis in den August 1888 hinein, also etwa drei Vierteljahre hindurch gedauert hat und da offenbar beim Abschlusse des Miethvertrages von der Mietherin gerade auf die Annehmlichkeit der Wasserversorgung im Hause selbst großes Gewicht gelegt wurde, rechtfertigt es sich nach richterlichem Ermessen, die verlangte Reduktion des Miethzinses um 100 Fr. eintreten zu lassen.

Schuldbetreibung.

Die Bewilligung und Vollziehung der Vorstellung einer bestrittenen Forderung im Pfandbuche des Wohnortes des Schuldners ist nicht nur für spätere, an diesem Orte stattgefundene *Haupt*pfändungen, sondern auch für die daselbst vollzogenen *Nach*pfändungen wirksam und zwar selbst dann, wenn die nachgepfändeten Objekte nachgewiesenermaßen erst nach der Vorstellung in den Besitz des Schuldners gelangt sind (§§ 59 und 60 des Schuldbetreibungsgesetzes).

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 28. Mai 1889.

H. Keller-Rennhaas in Winterthur bestritt im Konkurse über Fritz Keller, Schreiner in Oberwinterthur ein Pfandrecht des J. Biedermann in Thalweil an den Nummern 3, 21, 62, 68, 69 und 70 des Aktivetats und an dem Erlöse eines Guthabens von 340 Frkn. auf Maurermeister Gubler, welches Pfandrecht auf Grund von Vorstellungen am Pfandbuche vom 20. und 28. April 1888 in Anspruch genommen wurde, mit Rücksicht darauf, daß er an diesen Objekten durch Nachpfändungen vom 17. Juli und 14. September 1888 ebenfalls ein Pfandrecht erworben hatte, welches dem Pfandrechte des Gegners vorgehe.

Sowohl der Konkursrichter als die Appellationskammer des Obergerichtes verwarfen aber diese Bestreitung und räumten dem Pfandrechte des Biedermann den Vorzug ein.

Gründe:

Nach § 60 des Schuldbetreibungsgesetzes geht eine gemäß § 59 vorgestellte Forderung, welche ohne den Rechtsvorschlag zur Pfändung gelangt wäre, im Konkurse *allen* später erworbenen *Pfandrechten* vor. Der Entstehungsgrund dieser letztern ist daher gleichgültig; denn wenn der Gesetzgeber, der ja sehr wohl wußte, daß es verschiedene Entstehungsgründe für Pfandrechte gebe, einzelne Pfandrechte mit Rücksicht auf ihren Entstehungsgrund hätte besser stellen wollen, so würde er sich anders ausgedrückt haben. Wenn aber der Gesetzgeber keine Einschränkung zu Gunsten gewisser Arten von Pfandrechten gemacht hat, so darf dieß auch der Richter nicht thun, selbst wenn er es vom Standpunkte des Gesetzgebers aus für zweckentsprechend erachten würde. Es ist daher z. B. gleichgültig, ob das Pfandrecht ein gerichtliches oder freiwilliges, also ein Faustpfandrecht ist, nur gilt selbstverständlich im letztern Falle die bekannte Ausnahme zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers und es ist noch viel eher gleichgültig, ob das Pfandrecht durch eine Hauptpfändung oder durch eine Nachpfändung erworben ist. Daraus, daß zufälligerweise im Schuldbetreibungsgesetz die Bestimmungen über die Nachpfändung sich erst in einem späteren Abschnitte finden, den Schluß zu ziehen, daß der Gesetzgeber in § 60 nur die aus einer Hauptpfändung entstehenden Pfandrechte gemeint habe, ist natürlich unstatthaft.

Zudem wäre der Ausschluß der durch Nachpfändung erworbenen Pfandrechte von der Regel des § 60 des Schuldbetreibungsgesetzes nicht einmal vom Standpunkte des Gesetzgebers aus zu billigen. Es ist nämlich völlig unrichtig, daß Nachpfändungen nur bezüglich solcher Pfandobjekte stattfinden, welche erst nach der Hauptpfändung in den Besitz des Schuldners gelangen, sondern es sind solche wohl ebenso oft schon bei der Hauptpfändung in seinem Besitz und werden nur aus Versehen des Betreibungsbeamten oder in Folge absichtlicher Verheimlichung nicht in den

Pfandschein aufgenommen. Es ist aber selbstverständlich und auch der Rekurrent geht davon aus, daß nur in den ersten Fällen eine Ausnahme zu Gunsten der Nachpfändungen sich rechtfertigen würde. In Folge dessen müßte im einzelnen Falle jeweilen untersucht werden, wann der nachgepfändete Gegenstand in den Besitz des Schuldners gelangt sei und dadurch würden nur Prozesse provozirt. Sodann aber wäre es gewiß überhaupt höchst unbillig, auch solche Nachpfändungen gegenüber der Vorstellung früher geltend gemachter Forderungen zu schützen, bei denen die Hauptpfändung ebenfalls erst nach der Vorstellung, d. h. in einem Zeitpunkte erfolgt ist, in welchem die vorgestellte Forderung ohne den Rechtsvorschlag bereits zur Pfändung gelangt wäre, ja es würde dadurch der Schuldner förmlich aufgemuntert, durch Verheimlichung von Activen bei der Hauptpfändung resp. Anschaffung neuer Activen nach derselben den später treibenden Gläubiger mit Hülfe einer Nachpfändung gegenüber demjenigen, der nur eine Vorstellung am Pfandbuche besitzt und der selbst keine Nachpfändung auswirken kann, zu begünstigen. Warum aber endlich Gläubiger, welche schon früher, möglicherweise vor vielen Jahren eine Hauptpfändung erwirkt haben, bezüglich der Nachpfändung einzig diesen besondern Vortheil gegenüber der am Pfandbuche vorgestellten Forderung besitzen sollen, ist ebenfalls schwer einzusehen.

Liegenschaftenkauf

zwischen einem Vorfahren als Verkäufer und einem Nachkommen als Käufer. Wird ein solcher behufs Umgehung der Vorschriften des § 443 des P. G.-B. (alt § 1386) auf dem Umwege der Zufertigung an eine Drittperson als Mittelperson zu vollziehen versucht, so kann der Notar die Ueberfertigung seitens der letztern an den Nachkommen ohne Beobachtung der Vorschriften genannter Gesetzesstelle verweigern.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 18. Mai 1889.

Der Schreiner Joh. Heusser in Hombrechtikon wollte seine Liegenschaft, bestehend in einem Viertels-Wohnhaus nebst Schopf, Garten, einem Acker und Antheil an einem Brunnen seinem Sohn Kaspar Heusser käuflich übertragen. Weil er aber die Einsprache seiner übrigen Nachkommen wegen Pflichtwidrigkeit des Geschäftes fürchtete (§ 443 des P. G.-B.), so wählte er den Umweg, die Liegenschaft dem K. Breny-Diog in Rapperswyl um den Preis von 12,800 Fr. zuzufertigen, wobei es die Meinung hatte, daß dieser dann nach Verfluß einer gewissen Zeit auf den Sohn Heusser überfertige. Als nun aber Breny-Diog diese Ueberfertigung vornehmen wollte, widersetzte sich der Notar, weil nunmehr, was bei der ersten Fertigung hartnäckig bestritten worden und nicht bewiesen gewesen sei, außer allem Zweifel stehe, daß es sich von Anfang an um einen Verkauf an den Sohn und um die Umgehung der für diesen Fall durch den § 443 des P. G.-B. vorgeschriebenen Formalitäten gehandelt habe. Das Bezirksgericht Meilen wies die Beschwerde des Breny-Diog gegen den Notar ab und ebenso verwarf die zweite Instanz den gegen diese Abweisung erhobenen Rekurs.

Gründe:

In der Rekursschrift wird gar nicht in Abrede gestellt, daß der Vater Heusser von Anfang an beabsichtigt habe, die fraglichen Liegenschaften in das Eigenthum seines Sohnes Kaspar übergehen zu lassen. Der Rekurrent macht aber geltend, daß das Verwandtschaftsverhältniß zwischen dem frühern Verkäufer und seinem nunmehrigen Käufer ihn selbst in keiner Weise berühre. Er beruft sich auf sein unzweifelhaftes Eigenthumsrecht an fraglichen Liegenschaften (§ 117 und 118 des P. G.-B.), auf den Schutz wohlerworbener Privatrechte (§ 4 der Kantonsverfassung), vor allem aber auf das Bundesgesetz betr. die Handlungsfähigkeit, wonach er unbedingt berechtigt sei, die Vornahme der vom Notar verweigerten Fertigung zu verlangen.

Nun ist aber das Eigenthumsrecht des Rekurrenten nur insoweit ein unzweifelhaftes und wohlerworbenes, als nicht dem Verkäufer

Johs. Heusser bezw. andern Interessirten das Recht der Anfechtung wegen Simulation zusteht (vergl. Art. 16 des O.-R. in Verbindung mit § 1089 des P. G.-B.). Und die Handlungs- und Vertragsfähigkeit des Rekurrenten Breny-Diog kommt gar nicht in Betracht.

Es frägt sich nämlich lediglich, einmal ob der § 443 des P. G.-B. mit dem Bundeszivilrecht vereinbar sei, was unzweifelhaft zu bejahen ist und sodann, ob ein Einspracherecht aus dem Grunde der *Simulation* denjenigen Nachkommen, deren Zustimmung nach § 443 erforderlich ist, gegenüber einem *Dritten* zustehe, dem ihr Vorfahr, um genannte Bestimmung zu umgehen, interimistisch Eigenthum an Liegenschaften eingeräumt hat unter der Vereinbarung, dasselbe nachher auf einen der Nachkommen des Verkäufers übergehen zu lassen.

Nun hat der Notar die Rechtsstellung der gemäß § 443 an einem Liegenschaftenkauf zwischen einem Vorfahren und einem Nachkommen interessirten übrigen Nachkommen stets wahrzunehmen, ob nun der Vorfahr direkt seinem Nachkommen Eigenthum zufertigen wolle oder ob er den verdeckten *Umweg* wähle, das Eigenthum zunächst auf einen im Einverständniß befindlichen Dritten und sodann durch diesen auf seinen Nachkommen zu übertragen. Schon die erste Instanz hat auf die im Rechenschaftsberichte des Obergerichtes von 1887, Seite 53, enthaltene entsprechende Anweisung aufmerksam gemacht (siehe ferner H. E. VII, Seite 26, Erwägung 3).

Die allfällig an einer Anfechtung des fraglichen Liegenschaftenkaufes (über deren Voraussetzungen die Entscheidung No. 60 des citirten Rechenschaftsberichtes und H. E. VII Seite 23 u. f. zu vergleichen ist) interessirten Nachkommen des Johs. Heusser werden allerdings die gemäß § 443 Abs. 3 eventuell „beim Gerichte des Wohnortes des Verkäufers" einzuleitende Klage auf Ungültigerklärung des Kaufvertrages nicht einfach gegen ihren Vater resp. Vorfahren richten können, sondern sie werden auch die Mittelperson, den Rekurrenten Breny-Diog ins Recht zu fassen haben.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. Juli 1889. VIII. Band. № 13.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die „Amerikanische Schweizer-Zeitung", 18 Ann Str., New-York.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 30 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Schweizerisches Bundesgericht.

23. März 1889.

Ernst contra Vogt.

Staatsrechtlicher Rekurs betr. Verfassungs- und Konkordats-Verletzung.

Der *allgemeine*, das Konkursverfahren abschliessende Ausspruch einer thurgauischen Konkursbehörde über die gesetzlichen Folgen der Konkursbeendigung, speziell der Ausspruch, daß die Forderungsrechte derjenigen Gläubiger, welche Ansprüche im Konkurse nicht angemeldet haben, als erloschen erklärt werden, hat nicht den Charakter eines Civilurtheils im Sinne von Art. 61 der Bundesverfassung.

Die eidgenössischen Konkurskonkordate entscheiden die Frage nicht, nach welchem Rechte zu untersuchen sei, ob die Nichtanmeldung einer Forderung im Konkurse deren Untergang nach sich ziehe oder nicht.

Ein Alfred Ernst bezog im Jahre 1881, als er in Winterthur wohnhaft war, von dem dortigen Metzger Vogt für 230 Fr. 78 Rp. Fleisch und verlegte dann im Jahre 1883, ohne diese Schuld bezahlt zu haben, seinen Wohnsitz nach Frauenfeld (Kt. Thurgau), woselbst er in Folge Insolvenzerklärung in Konkurs gerieth. Den zürcherischen Gläubigern des Ernst wurde hievon im zürcherischen Amtsblatte durch eine vom 3. März 1883 datirte Publikation der Konkurskommission des Kreises Frauenfeld Kenntniß gegeben mit dem Beifügen: Da die Inventur keine Aktiven aufweise, so müsse von einer Durchführung des Konkurses abgesehen werden; Kreditoren, welche Glückscheine verlangen, haben ihre Begehren innert 30 Tagen unter Spezifikation ihrer Forderungen bei der Notariatskanzlei Frauenfeld anzumelden. *Am 30. April 1883* beschloß die Konkurskommission Frauenfeld, es seien den Gläubigern, welche Forderungen angemeldet haben, Glückscheine auszustellen *und diejenigen Gläubiger, welche ihre Forderungen bis zum 30. April nicht angemeldet haben, ihrer Forderungsrechte verlustig erklärt.*

Im Jahre 1888 erhob Metzger Vogt, welcher seine Forderung im Konkurse in Frauenfeld *nicht* angemeldet hatte, gegen den wieder nach Winterthur zurückgekehrten A. Ernst für seine Forderung den Rechtstrieb. Ernst erhob Rechtsvorschlag, weil die Forderung durch Nichtanmeldung im Konkurse untergegangen sei. Die Rekurskammer des Ober-

gerichtes ertheilte indeß Rechtsöffnung und die von Ernst hiegegen erhobene Kassationsbeschwerde wurde durch Entscheidung des Kassationsgerichtes Zürich vom 28. Dezember 1888 abgewiesen. Dieses Gericht führte aus, daß, da die Kontrahenten die streitige Forderung unzweifelhaft dem zürcherischen Rechte, also auch den Bestimmungen dieses Rechtes betreffend *Untergang* von Forderungen haben unterwerfen wollen, vom hiesigen Richter nicht das thurgauische, sondern nur das zürcherische Recht zur Anwendung gebracht werden dürfe, und da nach diesem die Nichtanmeldung im Konkurse keinen Erlöschungsgrund bilde, die Ansprache geschützt werden müsse. Anders hätte es sich nur verhalten, wenn Vogt seine Forderung im Konkurse angemeldet und sich dadurch dem thurgauischen Konkursrechte unterworfen hätte, was aber eben nicht geschehen sei. Die Berufung darauf, daß die Forderung des Vogt durch rechtskräftigen Entscheid des thurgauischen Richters als erloschen erklärt worden sei, und demnach ihre gegenwärtige Gutheißung dem Art. 61 der Bundesverfassung widerstreiten würde, halte deßwegen nicht Stich, weil dem dießfalls angerufenen Beschluß der Konkurskommission Frauenfeld vom 30. April 1883 der Charakter eines Civilurtheils im Sinne von Art. 61 der Bundesverfassung überall nicht zukomme (siehe H. E. Bd. VII S. 40 und 41).

Gegen diese kassationsgerichtliche Entscheidung ergriff Ernst den staatsrechtlichen Rekurs ans Bundesgericht wegen Verletzung des Art. 61 der B. V. und der eidgenössischen Konkurskonkordate. Er behauptete:

1. Der Beschluß der thurgauischen Konkursbehörde vom 30. April 1883, wodurch die Gläubiger, die ihre Forderungen im Konkurse nicht angemeldet haben, derselben verlustig erklärt werden, sei ein Civilurtheil. Derselbe erfülle vollständig die Definition eines „Civilurtheils", wie sie in der bundesgerichtlichen Entscheidung i. S. der solothurnischen Bank (Amtl. Sammlg. V, S. 180 u. f.) niedergelegt sei. Daß er nicht gegen eine einzelne bestimmte Person, sondern gegen eine Mehrheit nicht namentlich bezeichneter Personen sich richte und nur durch öffentliche Bekanntmachung eröffnet worden sei, ändere hieran nichts. Das Urtheil sei ergangen zwischen den betheiligten Gläubigern und dem Kridaren. Dasselbe sei rechtskräftig, denn es sei von der nach thurgauischem Rechte zuständigen Behörde ausgegangen und leide auch an keinem Nichtigkeitsgrund. Das Kassationsgericht nehme an, daß für die Frage, ob die Forderung durch Nichtanmeldung im Konkurse untergegangen sei, im Gebiete des Kantons Zürich zürcherisches Recht als das Recht des Vertragsverhältnisses maßgebend sei. Das sei aber nicht richtig. Sei einmal durch die zuständige Behörde des Kantons Thurgau dem Gläubiger seine Forderung in Anwendung des thurgauischen Rechtes rechtskräftig aberkannt, so bleibe sie aberkannt, auch wenn der Schuldner nachträglich seinen Wohnsitz in das Gebiet eines andern Kantons verlege. Die angefochtene Entscheidung involvire demnach eine Verletzung des Art. 61 der B. V.

2. Dieselbe verletze aber auch die beiden das Konkursrecht betreffenden Konkordate vom 15. Juni 1804 und 7. Juni 1804, aus welchen sich klar ergebe, daß für die streitige Frage der thurgauische Richter zuständig gewesen und thurgauisches Recht maßgebend sei.

Der Rekursbeklagte suchte die Ausführungen der Rekursschrift zu widerlegen und machte die Einwendung geltend, daß der Rekurs verspätet sei, weil er innerhalb 60 Tagen *vom obergerichtlichen Rekursalentscheide angerechnet* hätte eingereicht werden sollen. Der Kassationsentscheid falle außer Betracht, weil er nur die Feststellung enthalte, daß derjenige der Rekursinstanz nicht an einem Nichtigkeitsgrunde leide.

Die Beschwerde wurde abgewiesen.

Gründe:

1. Die Einwendung der Verspätung des Rekurses ist unbegründet. Das Kassationsgericht hat die Beschwerde des Rekurrenten nicht etwa als unstatthaft zurückgewiesen, sondern materiell geprüft, insbesondere auch untersucht, ob etwa durch die Entscheidung der obergerichtlichen Rekurskammer Art. 61 der B. V. verletzt sei. Es unterliegt demnach keinem Zweifel, daß die binnen 60 Tagen

von der Eröffnung der kassationsgerichtlichen Entscheidung an eingereichte Beschwerde rechtzeitig eingereicht ist.

2. Der vom Rekurrenten angerufene Beschluß der Konkurskommission Frauenfeld vom 30. April 1883 ist nun aber kein Civilurtheil im Sinne des Art. 61 der B. V. Denn derselbe erscheint nicht als eine richterliche Entscheidung in einer konkreten Privatstreitigkeit, sondern bloß als eine, das Konkursverfahren abschließende Verfügung der, mit richterlicher Gewalt wohl gar nicht ausgestatteten Konkursbehörde. Die Festellung, die Gläubiger, welche ihre Forderungen nicht angemeldet haben, seien ihrer Forderungsrechte verlustig gegangen, enthält nicht ein den einzelnen betheiligten Gläubigern gegenüber erlassenes rechtskräftiges Urtheil, auf welches die Einrede der abgeurtheilten Sache begründet werden könnte, sondern nur einen allgemeinen Ausspruch der Konkursbehörde über die gesetzlichen Folgen der Durchführung des Konkurses. Wird im einzelnen Falle streitig, ob diese gesetzliche Folge wirklich eingetreten sei, so ist darüber vom Richter zu entscheiden; der allgemeine Ausspruch der Konkursbehörde entscheidet nicht rechtskräftig darüber, ob ein Gläubiger zur Anmeldung seiner Forderung auch wirklich verpflichtet gewesen sei. Demnach ist Art. 61 der B. V. nicht verletzt.

3. Ebensowenig sind dieß die das Konkursrecht betreffenden eidgenössischen Konkordate. Keines dieser Konkordate enthält eine Bestimmung darüber, nach welchem örtlichen Rechte (ob nach dem Rechte des Konkordates oder nach dem die Forderung im allgemeinen beherrschenden Rechte) die Frage zu beantworten sei, ob die Nichtanmeldung einer Forderung im Konkurse deren Untergang nach sich ziehe. Dieselben statuiren vielmehr einzig den Grundsatz der Universalität und Attraktivkraft des Konkurses (für das bewegliche Vermögen) sowie (das Konkordat vom 15. Juni 1804) das Prinzip der Gleichbehandlung sämmtlicher schweizerischer Gläubiger.

Handelsgericht Zürich.

17. Mai 1889.

Ern. Stein, Kronprinzenufer 19, Berlin, Kläger
contra
Gebrüder Michel, Weinhandlung, Hottingen, Beklagte.

Selbständiger Kauf oder Verkaufskommission mit der Stipulation, daß der Verkaufskommissionär als Selbstkäufer in die Kommissionslieferungen eintrete und in diesem Sinne eine erste Kommissionslieferung bestelle? Folgen der letztern Auffassung.

Der Kläger, Besitzer von Weinbergen in Erdö-Renye bei Tokay (Ungarn) schloß durch Vermittlung seines Reisenden Arnold Stein mit den Beklagten unterm 23. Juli 1888 einen Vertrag, wonach er diesen den Engros-Verkauf seiner Medizinal-Tokayer-Weine für einen gewissen Rayon übertrug. Dieser Vertrag wurde auf gedruckten Formularen *im Doppel* ausgefertigt und hat in dem von Anton Stein unterschriebenen Exemplar der Beklagten folgenden Wortlaut:

„Ich übertrage Ihnen *für Hottingen, Fluntern, Riesbach* und *Hirslanden* den Engros-Verkauf meiner garantirt ächten, von den größten Autoritäten als Medicinal-Tokayer-Weine empfohlenen und chemisch analysirten Ungarweine (auch zu Dessert- und Morgenweinen geeignet) *und verkaufe Ihnen zu den folgenden Bedingungen und Preisen unter Ausschluss mündlicher Vereinbarungen*:

1 Kufe à 600 Liter Nr. 1 Fr. 1. 60,
1 „ à 300 „ „ 2 „ 2. —,
1 „ à 300 „ „ 3 „ 2. 50 incl. Faß.

Von dem Fakturabetrage werden gekürzt: Gratisflaschen für Aerzte 500/5 fl. (je 1/10 Liter haltend), Annoncen: Neue Zürcher Zeitung, Tagblatt und Zürcher Post alle 14 Tage mit Boßhard. Vorstehend notirte Preise verstehen sich franco Zürich, daher werden Ihre Auslagen für Fracht und Zoll von der Faktura gekürzt. Analysen, Circulare, Plakate, Etiquettes, Kapseln nnd Clichés gratis. Lieferung sofort, wenn es die Witterung zuläßt. Ziel 12 Monate per Accept nach Em-

pfang oder 2 % Sconto. Erfüllungsort für beide Theile Berlin. Zahlbar bei Ern Stein in Berlin.

Datum: 23./7. 88. per Ern Stein: Anton Stein.

Randbemerkung: „Ich verpflichte mich innerhalb 3—4 Monaten einen Reisenden nach Zürich zu schicken, der für Sie Wiederverkäufer zu engagiren hat. Die Kosten der Probevertheilung trage ich. Alles was der Reisende in Ihrem Bezirk verkauft, liefern Sie ab Ihrem Lager nach Abzug der Flaschen und der Differenz."

Das von den Beklagten unterzeichnete, im Besitz des Klägers befindliche Vertragsexemplar hat abgesehen von der aus dem Umstande, daß hier die Beklagten sprechen, folgenden Redaktionsverschiedenheit, den durchaus gleichen Inhalt.

Am 27. Juli 1888 schrieben die Beklagten an A. Stein, Adr. Hotel Central, Zürich, Folgendes:

„Soeben mußten wir zu unserm nicht geringen Erstaunen vernehmen, daß Sie auf dem uns zur Vertretung anvertrauten Terrain Riesbach weitere Geschäfte abzuschliessen suchen, wozu Sie ohne unser Beisein absolut kein Recht haben. Zudem sollen Sie die Vertretung einem weitern Konkurrenten für genannte Gemeinde anvertraut haben, sodaß wir bis dato deren zwei wären.

Diese Handlungsweise Ihrerseits veranlaßt uns, Ihnen die uns anvertraute Vertretung Ihres Hauses hiemit sofort zu künden und die Ihnen gemachte Bestellung zurückzuziehen, wovon Sie gefl. Notiz nehmen wollen. Allfällig anlangenden Wein stellen wir obiger Gründe halber einfach zur Verfügung."

In seiner Antwort vom 29. Juli (von Genf aus) führte Anton Stein aus, daß ein großes Mißverständniß auf Seite der Beklagten vorliege, wenn sie sich beklagen, daß er Offerten in ihrem Bezirke gemacht habe. „Denn ich habe meine Zeit am Freitag einfach dazu benutzt, um meinem Versprechen, Niederlagen für Sie zu errichten, theilweise nachzukommen. Ich habe in der kurzen Zeit bereits zwei Wiederverkäufer definitiv für Sie engagirt und lasse die erhaltenen Ordres anbei folgen . . . . Selbstverständlich habe ich Sie als Lieferanten genannt, wie Sie durch Erkundigung erfahren werden. Scheller & Cie. haben den Verkauf nicht für Riesbach, wie Sie meinen, sondern nur für die innere Stadt Zürich (außer Boßhardt) und für das Engadin, wo sie viel reisen."

In einem Schreiben vom 31. Juli *an das klägerische Haus in Berlin* selbst, bestätigten aber die Beklagten, daß sie das mit Anton Stein getroffene Abkommen gekündet haben, blieben bei dieser Kündigung und erklärten, daß sie eine allfällige Weinsendung nicht annehmen würden. Das klägerische Haus bestritt mit Zuschrift vom 7. August, daß ein Grund zur Vertragsauflösung vorliege, die Beklagten beharrten indeß bei der Kündigung und verweigerten die Annahme der am 8. August fakturirten und am 20. August in Zürich angelangten Weinlieferung.

Am 13. April 1889 machte der Kläger beim Handelsgericht Klage anhängig auf Annahme und Bezahlung der angeblich auf feste Rechnung gekauften und laut Faktur vom 8. August 1888 gelieferten Weine sowie auf Ersatz der durch die Dispositionsstellung erwachsenen Kosten.

Die Beklagten wendeten ein: Es liege überall nicht ein Kauf als selbständiges Rechtsgeschäft, sondern einfach ein Kommissionsvertrag vor, diesen aber haben sie jederzeit künden können und der Kläger sei nicht befugt gewesen, nach erfolgter Kündigung noch Weine zu liefern, weßhalb er dieselben einfach wieder zurückzunehmen habe. Die Kündigung sei auch keine unzeitige und grundlose, sondern wohl motivirte gewesen. Denn wenige Tage nach Vertragsschluß haben sie erfahren müssen, daß Anton Stein noch einer ganzen Reihe anderer Personen die Vertretung in denjenigen Gemeinden übertragen habe, bezüglich welcher ihnen die *Allein*vertretung eingeräumt worden sei. So habe Boßhardt zur Kronenhalle die Vertretung für Zürich und *sämmtliche Ausgemeinden* erhalten, Scheller & Cie. für Riesbach, Denner Reiff & Cie. für Hottingen etc. Allen sei noch bemerkt worden: „Im Uebrigen (d. h. außer in dem ihnen zugeschiedenen Rayon) können Sie verkaufen, wo sie wollen." Diese Bemerkung sei auch gegenüber Heß in Enge,

Sprüngli & Sohn in Zürich, E. Blaser, Lavaters Nachfolger in Zürich, Lützelberger in Außersihl, Grob-Zimmicker in Zürich und Straßer in Unterstraß, mit denen allen in ähnlicher Weise contrahirt worden sei, gemacht worden. Sollten diese als Wiederverkäufer im Sinne des Vertrages engagirt worden sein, so hätten die Bestellungen ihnen (den Beklagten) zugewiesen werden sollen, was nicht geschehen sei.

Der Kläger beharrte darauf, daß neben dem Vertretungsvertrag ein fester Kaufvertrag vorliege, der unbedingt erfüllt werden müsse. Von einer Verletzung des erstern Vertragsverhältnisses seinerseits sei keine Rede. Boßhardt habe nur den Generalverkauf für Zürich. Riesbach gehe ihn nichts an. Auch Scheller & Cie. sei die Vertretung *in Riesbach* nicht übertragen worden. Denner-Reiff haben dieselbe nur für Außersihl, Heß für Enge und Wiedikon, Straßer für Oberstraß und Wipkingen etc.

Die Klage wurde abgewiesen.

Gründe:

1. Bei Untersuchung der Frage, wie das durch den Vertrag vom 23. Juli 1888 zwischen den Parteien begründete Rechtsverhältniß rechtlich zu qualifiziren sei, stellt sich in den Vordergrund das Vertretungsverhältniß, wie es im Eingang durch die Worte: „Ich übertrage Ihnen den Engros-Verkauf der Medizinal-Tokoyer-Weine für Hottingen“ u. s. w. stipulirt ist; daran schließt sich der Nachsatz „und verkaufe Ihnen zu folgenden Bedingungen und Preisen.“ Es geht nun von vornherein nicht an, diese letztere Vertragsbestimmung als ein ganz selbständiges, mit dem Vertretungsverhältniß nicht zusammenhängendes Geschäft zu behandeln; schon der Wortlaut, die Satzverbindung spricht dafür, daß die Verpflichtung zur Abnahme eines bestimmten Quantum Weines nur ein Ausfluß ist jener prinzipalen Vereinbarung, daß die Beklagten für einen gewissen Rayon die Repräsentanten des klägerischen Hauses sein sollen. Umgekehrt läßt sich die Natur des Repräsentationsverhältnisses nur im Zusammenhang mit der Art und Weise, wie die Beklagten den Verkauf der klägerischen Weine zu besorgen übernahmen, beurtheilen.

2. Der Annahme eines Kommissionsverhältnisses steht auf den ersten Blick der Umstand entgegen, daß der Vertreter nicht auf Rechnung des vertretenen Hauses verkaufen soll, sondern auf eigene Rechnung kontrahiren, selbst als Käufer eintreten darf. Allein eine derartige Vereinbarung ist dem Rechtsverhältniß der Kommission keineswegs fremd, bestimmt doch der Art. 444 des O.-R., daß der Kommissionär bei gewissen Waarengattungen, wenn der Committent nicht etwas anderes bestimmt habe, befugt sei, das Gut, welches er einkaufen soll, als Verkäufer selbst zu liefern, oder das Gut, welches er zu verkaufen beauftragt ist, als Käufer für sich zu behalten. Wenn der Kommissionär dieses Recht von Gesetzeswegen hat, so ist nicht einzusehen, weshalb eine Vereinbarung des Inhaltes, es solle der Kommissionär berechtigt sein, als Selbstkäufer einzutreten, nicht zum Voraus getroffen, und in diesem Falle das Rechtsverhältniß gleichwohl als Kommissionsvertrag behandelt werden könnte.

3. Ist aber hienach davon auszugehen, daß die an die prinzipale Vereinbarung des Vertretungsverhältnisses sich anlehnende Vereinbarung: „und kaufe von Ihnen etc.“ nichts Anderes als die Vereinbarung enthält, daß die Beklagten die Waarenlieferungen, die sie als Vertreter zu verkaufen in der Lage seien, als Selbstkäufer übernehmen in Verbindung mit der quantitativen Bestimmung einer ersten Kommissionslieferung, in die sie gemäß dieser Vereinbarung als Selbstkäufer eintreten, so ist klar, daß dieser Eintritt erst stattfinden sollte mit erfolgter Effectuirung der Lieferung als einer *berechtigten Kommissionslieferung* und daß er (der Eintritt als Selbstkäufer in die Lieferung) also nicht stattgefunden hat und folglich auch ein selbständiger, vom Kommissionsverhältniß losgelöster Kauf nicht ins Leben getreten ist, sobald das letztere *vor* der Effektuirung gelöst wurde und das ist der Fall. Denn die Beklagten kündeten den Kommissionsvertrag schon mit Brief vom 27. Juli, wozu sie, da gemäß Art. 431 des O.-R. für die Kommission die Vorschriften über den Auftrag zur Anwendung kom-

men, nach Artikel 402 jederzeit berechtigt waren, währenddem die Versendung der Lieferung nach der eigenen Angabe des Klägers erst am 8. August, also zu einer Zeit stattgefunden hat, da ihm, bezw. seinem Vertreter die Lösung des Verhältnisses bereits bekannt war. Ist die Kündigung zur Unzeit erfolgt, so bleibt dem Kläger nur ein Anspruch auf Schadenersatz; ein solcher ist aber nicht eingeklagt, weßhalb die Frage, ob die Beklagten genügende Veranlassung gehabt haben, vom Vertrage zurückzutreten, in diesem Prozesse nicht zu erörtern ist.

Handelsgericht Zürich.

17. Mai 1889.

Ern. Stein, Kronprinzenufer 19, Berlin, Kläger gegen *Scheller und Cie.*, Weinhandlung, Seefeldstraße 1, Riesbach, Beklagte.

Selbständiger Kauf oder Verkaufskommission mit der Beredung, daß der Verkaufskommissionär als Selbstkäufer in die Kommissionslieferungen eintrete und in diesem Sinne eine erste Kommissionslieferung bestelle? Folgen der letztern Auffassung.

Auch die Annahme eines selbständigen Kaufes muß zur Verwerfung der Kaufpreisklage führen, wenn der Kauf nur mit Rücksicht auf ein gleichzeitig zwischen Verkäufer und Käufer begründetes Vertretungsverhältniß geschlossen wurde und der Verkäufer die sofortige Lösung dieses Verhältnisses verschuldet hat.

Am 24. Juli 1888 schloß der Kläger, Besitzer von Weinbergen in Erdö-Renye bei Tokay (Ungarn), durch Vermittlung seines Reisenden Anton Stein mit den Beklagten einen Vertrag ab, der auf gedrukten Formularen im Doppel ausgefertigt wurde. Das von Anton Stein unterzeichnete, den Beklagten übergebene Vertragsexemplar hat folgenden Wortlaut:

„Ich übertrage Ihnen *für den Engadin* den Engros-Verkauf meiner garantirt ächten, von den größten Autoritäten als Medizinal-Tokayer-Weine empfohlenen und chemisch analysirten Ungar-Weine *und verkaufe Ihnen zu folgenden Bedingungen unter Ausschluss mündlicher Vereinbarungen*:

1 Kufe ca. 300 Liter No. 1 Fr. 1. 60 pr. Liter.
1 „ „ 300 „ „ 2 „ 2. — „ „
1 „ „ 300 „ „ 3 „ 2. 50 „ „

Von dem Fakturabetrage werden gekürzt: Gratisflaschen für Aerzte 500/5. Annoncen-Vergütung: Neue Zürcher Zeitung, Zürcher Post und Tagblatt. Vorstehend notirte Preise verstehen sich franco Zürich, daher werden Ihre Auslagen für Fracht und Zoll von der Faktura gekürzt. Analysen, Circulare, Plakate, Etiquettes, Kapseln und Clichés gratis. Lieferung sofort, wenn es die Witterung zuläßt. Ziel 6 Monate oder 2 % Sconto. Erfüllungsort für beide Theile Berlin. Zahlbar bei Ern Stein, Berlin.

per Ern Stein
Anton Stein."

Randbemerkung: „In der *Stadt* Zürich (Inneres) nehmen wir außer Boßhardt keinen Andern. Aufträge von Ihren Kunden überliefern wir Ihnen zur Effectuirung."

Mit Brief vom 31. Juli an Anton Stein, Hotel du lac in Genf, beklagen sich die Beklagten darüber, daß er in Zürich und Umgebung die Weinhändler besucht habe, ohne sie und die Gebrüder Michel davon zu benachrichtigen und daß er den letztern auch den Verkauf für das Innere der Stadt zugesichert habe. Im Anschlusse daran legten dieselben einen neuen Vertragsentwurf bei mit dem Begehren, daß Anton Stein bei ihnen vorbeikommen und sich über denselben äußern soll. „Denn andernfalls refüsiren wir nettement Ihre Sendung."

Mit Zuschrift an den Kläger selbst vom 7. August übermachten die Beklagten demselben Copie des erwähnten Briefes an Anton Stein, beifügend, daß sie dessen Inhalt, der bis jetzt unbeantwortet geblieben sei, durchaus bestätigen und die Annahme jeder Sendung verweigern.

Der Kläger antwortete mit Schreiben vom 13. August, daß er gegen die Nichtannahme der Weine protestire, da er allen Zusicherungen, die sein Reisender gemacht, Genüge

geleistet habe und daß er den Wein, der bereits an die Beklagten abgesandt worden sei, auf deren Kosten in ein Lagerhaus verbringen lasse, falls die Annahme verweigert werden sollte.

An demselben Tage sandten die Beklagten das Begleitschreiben zu der ihnen übermachten, vom 8. August datirten Factur zurück, indem sie auf der Rückseite bemerkten, sie werden die angekündigte Weinlieferung nicht annehmen und ersuchen um Disposition über die Sendung.

Am 15. August kam der von den Beklagten am 31. Juli an Anton Stein in Genf gerichtete Brief als unbestellbar zurück, wovon dem Kläger mittelst Postkarte (nach Berlin) sofort Kenntniß gegeben wurde, beifügend, die Weinlieferung werde nicht angenommen, da der Reisende sein Wort nicht gehalten habe. Einen gleichlautenden Brief sandten die Beklagten an die Adresse des Klägers nach Erdö-Renye. Dieser antwortete am 19. August, er könne sich auf eine nachträgliche Abbestellung nicht einlassen, da der Wein bereits in Erdö-Renye beordet sei und sich auch jedenfalls schon unterwegs befinde.

Die Beklagten refüsirten die Weinsendung wirklich, worauf ihnen der Kläger unterm 10. September anzeigte, daß er dieselbe für ihre Rechnung und Gefahr bei Danzas & Cie. eingelagert habe.

Am 13. April 1889 leitete der Kläger beim Handelsgericht Klage ein über die Frage, ob die Beklagten nicht verpflichtet seien, die effectuirte Weinsendung anzunehmen, gemäß Faktur zu bezahlen und die durch die unbegründete Dispositionsstellung erwachsenen Kosten zu tragen.

Die Beklagten wendeten ein, daß ein selbständiger Kaufvertrag gar nicht vorliege, sondern nur ein Kommissionsverhältniß, das zu lösen ihnen jederzeit freigestanden habe und nach dessen Lösung Kläger zu Weinlieferungen nicht mehr berechtigt gewesen sei. Die Kündigung des Vertragsverhältnisses sei eine vollkommen berechtigte gewesen. Denn der Kläger habe vorher den Vertrag gebrochen, ein Umstand, der auch für sich allein schon zur Klagabweisung führen müsse, weil derjenige, der einem zweiseitigen Vertrag seinerseits zuwidergehandelt habe, nicht aus dem nämlichen Geschäfte auf Erfüllung klagen könne. Die Alleinvertretung sei ihnen nicht nur für das Engadin und Zürich, Stadt, sondern auch für Riesbach übertragen worden. Wenn dieser Name im Vertrage nicht erscheine, so rühre das daher, weil man auf Grund einer dießbezüglichen besondern Bemerkung des Anton Stein angenommen habe, es verstehe sich ganz von selbst, daß sie die Vertretung vor allem aus in derjenigen Gemeinde haben, in welcher ihr Geschäft domizilirt sei. Kurz nach Vertragsschluß haben sie nun aber konstatiren müssen, daß Anton Stein eine ganze Reihe weiterer Engros-Verkäufer für Zürich und Umgebung engagirt habe, so: Die Gebrüder Michel in Hottingen, Sprüngli & Sohn in Zürich, Grob-Zimmicker in Zürich, Dietrich, Peterhofstraße-Zürich, Wehrli, Weinhändler, Stüßihofstatt-Zürich, Blaser, Lavaters Nachfolger, Zürich. Diesen und noch weitern Firmen sei auch gesagt worden: „Im Uebrigen können Sie verkaufen, wo Sie wollen.“

Der Kläger stellte sich auf den Standpunkt, daß neben dem Vertretungsverhältniß, das sich überall nicht als Kommission qualifizire, ein fester, durchaus selbständiger Kauf vorliege, der einfach gehalten werden müsse, möge es sich mit der eingeräumten Vertretung verhalten wie immer. Uebrigens liege eine Vertragsverletzung seinerseits nicht vor. Den Beklagten sei die Vertretung nur für das Engadin, nicht aber auch für die Stadt Zürich und Riesbach übertragen worden. Eventuell, wenn die Randbemerkung auf dem beklagtischen Vertragsexemplar dahin ausgelegt werden sollte, daß sie auch Vertreter für die Stadt Zürich seien, so seien sie dieß doch nur neben Boßhardt zur Kronenhalle und nur für den *Engros*-Verkauf. Und wenn somit einzelnen Personen, wie Sprüngli und Sohn in Zürich und E. Blaser, Lavaters Nachfolger daselbst der *Detail*-Verkauf übertragen worden sei, so liege darin keine Vertragsverletzung. Eventuell könnten die Beklagten bloß Provision auf diesen Lieferungen oder verlangen, daß die bezüglichen Bestellungen ihnen zur Effectuirung überwiesen werden. Außer den genannten *Detail*verkäu-

fern seien keine andern Vertreter für den Rayon der Beklagten engagirt worden.

Die Klage wurde abgewiesen.

Gründe:

1. Bei Untersuchung der Frage, wie das durch den Vertrag vom 24. Juli 1888 zwischen den Parteien begründete Rechtsverhältniß rechtlich zu qualifiziren sei, stellt sich in den Vordergrund das Vertretungsverhältniß, wie es im Eingang durch die Worte „Ich übertrage Ihnen den Engros-Verkauf der Medicinal-Tokayer-Weine für Hottingen“ u. s. w. stipulirt ist; daran schließt sich der Nachsatz „und verkaufe Ihnen zu folgenden Bedingungen und Preisen“. Es geht nun von vornherein nicht an, diese letztere Vertragsbestimmung als ein ganz selbständiges, mit dem Vertretungsverhältniß nicht zusammenhängendes Geschäft zu behandeln; schon der Wortlaut, die Satzverbindung spricht dafür, daß die Verpflichtung zur Abnahme eines bestimmten Quantum Weines nur ein Ausfluß ist jener prinzipalen Vereinbarung, daß die Beklagten für einen gewissen Rayon die Repräsentanten des klägerischen Hauses sein sollen. Umgekehrt läßt sich die Natur des Repräsentationsverhältnisses nur im Zusammenhang mit der Art und Weise, wie die Beklagten den Verkauf der klägerischen Weine zu besorgen übernahmen, beurtheilen.

2. Der Annahme eines Kommissionsverhältnisses steht auf den ersten Blick der Umstand entgegen, daß der Vertreter nicht auf Rechnung des vertretenen Hauses verkaufen soll, sondern auf eigene Rechnung kontrahiren, selbst als Käufer eintreten darf. Allein eine derartige Vereinbarung ist dem Rechtsverhältniß der Kommission keineswegs fremd, bestimmt doch der Art. 444 des O.-R., daß der Kommissionär bei gewissen Waarengattungen, wenn der Committent nicht etwas anderes kestimmt habe, befugt sei, das Gut, welches er einkaufen soll, als Verkäufer selbst zu liefern, oder das Gut, welches er zu verkaufen beauftragt ist, als Käufer für sich zu behalten. Wenn der Kommissionär dieses Recht von Gesetzeswegen hat, so ist kaum einzusehen, weßhalb nicht eine Vereinbarung des Inhaltes, es solle der Kommissionär berechtigt sein, als Selbstkäufer einzutreten, zum Voraus getroffen und in diesem Falle das Rechtsverhältniß gleichwohl als Kommissionsvertrag behandelt werden könnte.

3. Ist aber hienach davon auszugehen, daß die an die prinzipale Vereinbarung des Vertretungsverhältnisses sich anlehnende Uebereinkunft: „und kaufe von Ihnen etc.“ nichts anderes als die Vereinbarung enthält, daß die Beklagten die Waarenlieferungen, welche sie als Vertreter zu verkaufen in der Lage seien, als Selbstkäufer übernehmen in Verbindung mit der quantitativen Bestimmung einer ersten Kommissionslieferung, in die sie gemäß dieser Vereinbarung als Selbstkäufer eintreten, so ist klar, daß dieser Eintritt erst stattfinden sollte mit erfolgter Effektuirung der Lieferung als einer *berechtigten Kommissionslieferung* und daß er (der Eintritt als Selbstkäufer in die Lieferung) also nicht stattgefunden hat und folglich auch ein selbständiger, vom Kommissionsverhältniß losgelöster Kauf nicht ins Leben getreten ist, sobald das letztere *vor* der Effectuirung gelöst wurde und das ist der Fall. Denn die Beklagten kündeten den Kommissionsvertrag schon mit Brief vom 31. Juli, wozu sie, da gemäß Art. 431 des O.-R. für die Kommission die Vorschriften über den Auftrag zur Anwendung kommen, nach Art. 402 jederzeit berechtigt waren, währenddem die Versendung der Lieferung nach der eigenen Angabe des Klägers erst am 8. August stattgefunden hat. Nun scheint allerdings jener Brief dem Reisenden A. Stein nicht zugekommen zu sein, so daß die Kündigung dem Kläger thatsächlich erst mit dem Brief vom 7. August zur Kenntniß kam. Hieran tragen aber nicht die Beklagten die Schuld, sondern der Reisende, welcher, trotzdem er der Beklagten unbestrittenermaßen das Hotel du lac in Genf als seine künftige Adresse aufgegeben hatte, sich um die dorthin gelangenden Korrespondenzen nicht bekümmerte, nachdem er in einem andern Hotel abgestiegen war. Hätte er in dieser Richtung die erforderlichen Schritte gethan, so würde er rechtzeitig in den Besitz des Briefes gekommen sein, um sein Haus brieflich oder telegraphisch von dem Widerruf des Auftrages der Beklagten zu unter-

richten. Die Folgen dieser Unterlassung können unmöglich den Beklagten zur Last fallen, sondern es ist die Sache gerade so anzusehen, wie wenn dem Kläger bezw. seinem Vertreter die Lösung des Verhältnisses rechtzeitig, d. h. vor Effectuirung der Lieferung zur Kenntniß gelangt wäre. Ist die Kündigung zur Unzeit erfolgt, so bleibt dem Kläger nur ein Anspruch auf Schadenersatz, ein solcher ist aber nicht eingeklagt, weßhalb die Frage, ob die Beklagten genügende Veranlassung zu sofortigem Rücktritt vom Vertrage gehabt haben, in diesem Prozesse eigentlich nicht zu erörtern wäre. Dieselbe darf indessen auf Grund der vorliegenden Akten unbedenklich bejaht werden und diese Betrachtung läßt die Klage selbst für *den* Fall als unbegründet erscheinen, als man vom Abschluß eines gewöhnlichen Kaufes ausgehen wollte. Denn so viel ist doch wohl unter allen Umständen klar, daß dieser Kauf nur mit Rücksicht auf das gleichzeitig begründete Vertretungsverhältniß geschlossen wurde und deßhalb der Kläger, wenn er den Wegfall des letztern doloserweise verschuldet hat, nicht mehr auf Erfüllung des erstern klagen kann.

4. Der Kläger hat zunächst bestreiten lassen, daß den Bekldgten der Engrosverkauf seiner Weine auch für die Stadt Zürich übertragen worden sei. Nun ist aber die Notiz auf dem Vertragsdoppel der Beklagten: „in der Stadt Zürich (Inneres) nehmen wir außer Boßhardt keinen Andern“, gar nicht anders zu verstehen, als daß die Stadt in das Vertretungsgebiet der Beklagten eingeschlossen sei; denn wenn damit hätte gesagt werden wollen, Boßhardt sei allein Vertreter für die Stadt, so brauchte dies, da der Text des Vertrages die Vertretung auf das Engadin beschränkte, gar nicht erwähnt zu werden. Es hat diese Erwähnung überhaupt nur dann einen Sinn, wenn sie dahin verstanden wird: in der Stadt Zürich (Inneres) nehmen wir außer Boßhard keinen andern als Sie (Scheller & Cie.). Wenn aber richtig ist, daß den Beklagten der Engros-Verkauf auch für die Stadt Zürich (neben Boßhardt) zugesichert worden ist, so erscheint die Handlungsweise des Klägers resp. seines Reisenden, welcher zugegebenermaßen zwei weitern Firmen, nämlich Sprüngli und Sohn in Zürich und E. Blaser, Lavaters Nachfolger in Zürich den Verkauf der Medicinal-Tokayer-Weine übertrug, geradezu als dolos. Der Kläger will sich allerdings damit ausreden, daß er diese Firmen nur als Detailverkäufer engagirt habe, allein abgesehen davon, daß im Vertrag mit Scheller & Cie. das Engagement von Detail- oder Wiederverkäufern nicht vorgesehen ist, würde die Zusicherung des Engros-Verkaufs für ein gewisses Gebiet illusorisch, wenn der Kläger an größere Abnehmer, wie das die genannten Firmen sind, selbst verkaufen dürfte. Es zeigt dies recht deutlich, daß es dem Kläger und seinem Reisenden einfach darum zu thun war, möglichst viele Bestellungen aufzunehmen, unbekümmert darum, ob dann die bestellten Vertreter noch Absatz haben werden oder nicht. Dieses Geschäftsgebahren war ein solches, welches das Vertrauen des Kommissionärs in hohem Maße erschüttern mußte und denselben zum sofortigem Rücktritt vom Vertrage berechtigte.

Klage auf Berichtigung

eines Katasterplan-Eintrages und der damit zusammenhängenden notarialischen Fertigung.

Obergericht Zürich, Appellationskammer.
1. Juni 1889.
Landolt contra Heß.

Am 10. Dezember 1861 verkaufte der Bleicher Heinrich Landolt in Enge dem Johann Bühler, Vater daselbst, 6000 m^2 Mattland und verpflichtete sich, von der Sternengasse aus, soweit das verkaufte Land an sein übriges angrenze, auf diesem ein 12′ breites Sträßchen anzulegen und dem Käufer sowie den jeweiligen Besitzern des verkauften Landes dessen Benutzung zu gestatten, in der Meinung, daß die Wegberechtigten ihm die Hälfte der Erstellungskosten zu vergüten und für alle Zukunft die Hälfte der Unterhaltungskosten zu tragen haben. Das Kaufsobjekt wurde dann getheilt, ein Theil ging

auf einen Schneider und ein anderer, der an die seither erstellte neue Servitutsstraße anstoßende, auf einen Moor über. Im Jahre 1878 fand in Enge die Grundprotokollbereinigung mit Katastervermeßung statt. Damals war die von Landolt gemäß der genannten Servitutsbestellung angelegte 12′ breite Straße durch eine Lattenwand von seinem übrigen Grund und Boden abgetrennt und erschien so äußerlich zum Grundeigenthum des Heinrich Moor, dem theilweisen Rechtsnachfolger des Johs. Bühler zu gehören und in der That wurde dieselbe im Katasterplan auch diesem Moor'schen Grundeigenthum zugeschrieben. Das Hofbeschreibungsprotokoll lehnt sich insofern an den Katasterplan an, als in demselben dem Johs. Moor eben die Katasternummer 125, der das Sträßchen zugeschrieben ist, zugefertigt wurde. Die Anstößer sind die frühern mit Ausnahme eines einzigen. Dieser Fertigung widerspricht dann aber gänzlich, daß gleichwohl zu Gunsten des Moor und des Schneider die ursprüngliche Servitutsbestellung auf den Landolt'schen Weg ebenfalls ins Hofbeschreibungsprotokoll aufgenommen wurde. Moor verkaufte später an einen Hermann Heß und die Konkursmasse des Letztern an den Bruder des Cridaren, Albert Heß. Auch bei diesen Fertigungen wurde die Wegrechtsservitut zu Gunsten der Katasternummer 125 aufgenommen. Anderseits hatte Bleicher Landolt sein ganzes Besitzthum am 13. Mai 1882 seinem Sohne, Gerber Landolt, verkauft und auch dabei wurde die Wegrechtsservitut bezüglich der fraglichen Straße vorgemerkt. Zwischen dem Letztern, Landolt, Gerber, und dem Albert Heß entstand dann Streit über das Eigenthum an der genannten 12′ breiten Straße, indem Landolt die Streitfrage aufwarf, ob dieselbe nicht ihm gehöre und demnach der Katasterplan zu berichtigen sei.

Die Klage wurde gutgeheißen.

Gründe:

1. Da der Bleicher Heinrich Landolt seinem Sohne, dem heutigen Kläger, sein ganzes Besitzthum ohne Ausnahme verkauft hat, so muß auch die streitige Straßenstrecke als mitverkauft gelten, sofern sie dem Vater Landolt damals überhaupt noch gehört hat und nicht ins Eigenthum des damaligen Rechtsvorfahren des heutigen Beklagten übergegangen war, also auch heute nicht dem letztern gehören kann. Damit aber ist die Aktivlegitimation des Klägers an sich gegeben.

2. In materieller Beziehung steht zunächst außer Zweifel, daß das streitige Straßenstück bei Beginn der Bereinigung in Enge, noch dem Vater Landolt eigenthümlich zugestanden hat. Anderseits ist aber ebenfalls Thatsache, daß dasselbe dann sowohl im Katasterplan als im Hofbeschreibungsprotokoll dem Rechtsvorfahren des heutigen Beklagten (Moor) zugeschrieben wurde und damit die spätern Fertigungen, also auch diejenige des heutigen Beklagten selbst übereinstimmen. Der letztere erscheint also heute in der That als formaler Eigenthümer und diese Thatsache muß für die Begründung seines Anspruches zunächst genügen. Dagegen kann sie einer Prüfung der Frage, ob der Inhalt des Notariatsprotokolls auch wirklich richtig sei, nicht hindernd im Wege stehen, denn die kanzleiische Fertigung selbst bildet nur die *Form* der Eigenthumsübertragung, äußert aber die *Wirkung* dieser bloß dann, wenn ihr ein auf Eigenthumsübertragung gerichtetes und dazu taugliches Rechtsgeschäft zu Grunde lag, woraus folgt, daß sie ohne diese Grundlage von dem besser Berechtigten angefochten werden kann (siehe § 121 des P. G.-B.).

3. Der Kläger behauptet, daß die formale Eigenthumsübertragung auf den Rechtsvorfahren des Beklagten (Moor) anläßlich der Grundprotokollbereinigung in Enge lediglich auf einem Irrthum des Katastergeometers und des Notars beruhe und wenn dem so ist, so kann nach dem Gesagten keinem Zweifel unterliegen, daß dieselbe eben bloße Form geblieben ist, dagegen materiell den Eigenthumsübergang nicht bewirkt hat. Ist aber Moor nicht Eigenthümer geworden, so konnte er Eigenthum auch nicht weiter übertragen und ist solches folglich auch nicht auf seine Rechtsnachfolger übergegangen, fehlt also auch dem heutigen Beklagten, falls er dasselbe, was später untersucht werden soll, nicht etwa ersessen hat.

4. Der Beklagte bestreitet die Darstellung des Klägers und behauptet, daß die anläßlich der Grundprotokollbereinigung vorgenommene Aenderung in den Eigenthumsverhältnissen an der streitigen Straßenstrecke auf einer Vereinbarung der damaligen Grenznachbarn, der Rechtsvorfahren der beiden Parteien beruhe. Allein zur Unterstützung dieser Behauptung konnten nur Vermuthungen angeführt, aber keinerlei Beweise angetragen werden. Für die Behauptung des Klägers aber, daß einfach ein Versehen des Katastergeometers und eine daran anknüpfende und deßhalb ebenfalls falsche Fertigung des Notars die Ursache der formalen Zufertigung des Straßenstückes an die Katasternummer 125 (Moor) gebildet haben, spricht ganz entscheidend der Umstand, daß das zugefertigte Land gleichwohl mit der Wegservitut zu Gunsten der Katasternummer 125 belastet wurde. Hätte eine Vereinbarung stattgefunden, wonach das Straßenstück dem Moor zugewiesen worden wäre, so hätte diesem als nunmehrigem Eigenthümer des Landes natürlich nicht ein Wegrecht auf seinem eigenen Grund und Boden kraft Servitut zugeschrieben werden können. Das Festhalten an der Einräumung einer Wegservitut als eines bloß beschränkt dinglichen Rechtes schließt den Willen, das Recht der *vollkommenen* Herrschaft über die Sache, Eigenthum, übertragen zu wollen, vollständig aus. Es ist auch klar, daß Vater Landolt das ganz bedeutende Straßenstück nicht so wohlfeilen Kaufes hingegeben hätte; von einer bloßen Grenzregulirung konnte wohl keine Rede sein, denn die Grenzen waren nicht verwirrt und ein Kauf oder eine anderweitige entgeltliche Abtretung wird gar nicht behauptet. Auch hätte sich Vater Landolt, wenn das Straßenstück von ihm abgetreten worden wäre, doch sicherlich wenigstens ein Wegrecht vorbehalten. Diese Umstände sprechen auch dagegen, daß wenn wirklich eine Vermarkung durch den Katastergeometer stattgefunden hat, das unter Zuziehung der Betheiligten geschehen ist und begründen die höchste Wahrscheinlichkeit dafür, daß sich dieser Beamte einfach durch das Aeußere des Lokals, namentlich durch die Ladenwand, welche die Straße dem Anwesen des Moor zutheilt, täuschen ließ und ohne weitere Erkundigung angenommen hat, daß die Eigenthumsverhältnisse mit dem äußern Eindruck übereinstimmen werden. Und der Notar hat die Hofbeschreibung an Hand des Katasterplanes und ohne Vergleichung mit dem Grundprotokoll angelegt und mußte so natürlich zu der vorhandenen Aenderung des einen Anstoßes gelangen. Gegenüber diesen Versehen der öffentlichen Beamten ist es zu entschuldigen, wenn Vater Landolt bei der Anlobung der Hofbeschreibung am 20. April 1878 keine Einwendung gegen deren Richtigkeit erhob, zumal eine Verlesung des Inhalts der Hofbeschreibungen nach § 29 der obergerichtlichen Verordnung betreffend das Verfahren bei Bereinigung der Grundprotokolle (Off. S. X S. 311 u. f.) nicht stattfindet und der Mangel eines Anstoßes ihm leicht entgehen konnte, währenddem die Fertigung der Wegservitut zu Gunsten des Moor und zu seinen Lasten, durch welche indirekt sein Eigenthum an der Straße anerkannt war, das allfällige Erwachen eines Zweifels wieder beseitigen mußte. Eine Anlobung des Katasterplanes durch die Grundeigenthümer aber hat nach dem Beschlußprotokoll des Bezirksgerichtes Zürich entgegen der Vorschrift des § 48 der citirten Verordnung nicht stattgefunden. Wenn aber der Kataster nicht angelobt wurde, so kann derselbe auch für den Grundeigenthümer nicht verbindlich sein und sind offensichtliche Fehler desselben, sofern deren Hebung nicht etwa die Aquisitivverjährung entgegensteht, auch jetzt noch zu corrigiren.

5. Es ist aber auch der Erwerbstitel der Ersitzung, auf den sich der Beklagte eventuell beruft, nicht begründet. Zwar kann derselbe die Requisite der §§ 121 lit. a und 122 lit. b des P.-R. G.-B. für sich in Anspruch nehmen. Denn theils liegt eine kanzleiische Fertigung, welche an dem Mangel leidet, daß der Urheber nicht Eigenthümer war, vor und theils hat der wirkliche Eigenthümer sein Eigenthum nicht innerhalb 10 Jahren von der Anlobung der Hofbeschreibung an eingeklagt. Allein schon das weitere Erforderniß, daß mit dem ideelen Besitz während 10 Jahren reeller Besitz verbunden sei, ist Angesichts der Thatsache, daß sich in

concreto der reelle Eigenthumsbesitz vom Servitutsbesitz in nichts unterschied, zum Mindesten fraglich. Unzweifelhaft fehlt aber das Requisit der *Gutgläubigkeit* des Besitzes während 10 Jahren. Denn wenn man auch nicht so weit gehen kann, dieses Requisit auf Seite des heutigen Beklagten zu negiren, so darf doch mit Sicherheit angenommen werden, daß dasselbe seinem mittelbaren Rechtsvorfahren Moor, dem Eigenthümer von Kat.-No. 125, zur Zeit der Bereinigung fehlte. Diesem konnte das Versehen in Folge der falschen Vermeßung und der darauf sich stützenden Hofbeschreidung und Protokolleinträge nicht verborgen sein und er mußte sich bewußt sein, daß er dadurch kein Recht auf die streitige Straße erworben habe. Würde sich derselbe heute als Eigenthümer von Kat.-No. 125 auf die Bereinigung und deren Folgen berufen, so könnte ihm mit allem Grund die Einrede der Arglist entgegengehalten werden. Da der Beklagte sich aber nur dann auf den 10jährigen Besitz stützen kann, wenn er den Besitz seiner Rechtsvorgänger und speziell den des Moor, welcher bis 1882 Eigenthümer seines Grundstückes war, gemäß § 124 des P. G.-B. zu dem seinigen hinzurechnen darf, so mangelt dieses Erforderniß, weil der Besitz des Moor nach dem Gesagten nicht als ein ersitzungstauglicher gelten kann und der Beklagte selbst noch nicht 10 Jahre Besitzer ist.

Erbrecht.
Testamentsauslegung.
Obergericht Zürich, Appellationskammer.
21. Mai 1889.
Peter ca. Hubschmied.

Die am 19. Januar 1889 in Hedingen verstorbene Anna Meili geb. Obschlager hatte in einem eigenhändigen Testamente vom 11. November 1885 verfügt: „daß der Schwestersohn Hs. Heinrich Hubschmid als Erbe von meinem Nachlaß des Gänzlichen ausgeschlossen sein soll, indem er in verschiedenen Malen mich arg mißhandelt hat und auf die gröbste Art und Weise gegen mich aufgetreten ist *und dass mein Vermögen ausschliesslich meinen übrigen Intestaterben zukommen und verbleiben soll.*" Der Enterbte anerkannte das Testament und es machten deßhalb seine beiden Söhne Johannes und Heinrich Hubschmied unter Anrufung des § 987 des P. G.-B. den Erbtheil geltend, der ohne die Enterbung auf ihren Vater gefallen wäre. Diese Gesetzesstelle lautet nämlich: „Ist ein Erbe von dem Pflichttheile ausgeschlossen, so wird es sowohl mit Rücksicht auf die gesetzliche Erbfolge als die Größe der Pflichttheile für die bleibenden Erben gehalten, wie wenn der ausgeschlossene Erbe den Tod des Erblassers nicht erlebt hätte."

Nun bestritten im gegebenen Falle die „bleibenden Erben" die *volle* Anwendbarkeit dieser Gesetzesbestimmung und anerkannten nur einen Anspruch auf den Pflichttheil seitens der Söhne des Enterbten, indem sie geltend machten:

1) Die Erblasserin habe in einem frühern Testamente ihre Schwester Elisabetha Hubschmied geb. Obschlager enterbt und als diese dann vor ihr gestorben sei, das Testament vom 11. November 1885 mit der Enterbung des Sohnes derselben errichtet. Wäre auch der letztere vor ihr gestorben, so hätte sie unzweifelhaft ein drittes, die ausdrückliche Enterbung seiner Söhne, der heutigen Kläger, verfügendes Testament errichtet, weil auch diesen gegenüber Enterbungsgründe genug vorhanden gewesen seien.

2) Die Erblasserin habe den Grundsatz des § 987 (früher 2048) des P. G.-B., daß die Enterbung in ihrer rechtlichen Wirkung dem Vorversterben des Enterbten gleichkomme und daß sie somit durch dieselbe die Nachkommen des Enterbten zur Erbschaft berufe, nicht gekannt, denn sonst würde sie ihren Schwestersohn natürlich schon im ersten Testament enterbt und damit nicht bis nach dem Tode der enterbten Schwester, welcher die *direkte* Berufung desselben zur Folge gehabt, zugewartet haben.

3) Daraus, in Verbindung mit der Thatsache, daß auch gegen die heutigen Kläger mehr als genug Enterbungsgründe vorgelegen haben und daß die Enterbung des Vaters

der Kläger mit dem Zusatz begleitet sei: „daß mein Vermögen ausschließlich *meinen übrigen Intestaterben* zukommen und verbleiben solle“, gehe zur Evidenz hervor, daß die Testatorin einfach den *ganzen Stamm* ihrer Schwester Elisabetha, also auch die Kläger, von der Erbfolge habe ausschliessen wollen. Und wenn nun auch dieser Wille mit Rücksicht darauf, daß bezüglich der Personen der Kläger entgegen der strikten Vorschrift des § 977 (alt 2043) des P. G.-B. die Enterbungsgründe nicht angegeben seien, nicht zur *vollen* Geltung kommen könne, so müsse er doch Angesichts der besonderen Bestimmung des Testamentes: „daß der ganze Nachlaß *den übrigen Intestaterben* zukommen und verbleiben solle“, unter welch letztern nach dem Gesagten nur die Angehörigen der übrigen Stämme verstanden sein können, insoweit respektirt werden, daß die Kläger bloß den Pflichttheil beanspruchen können.

Diese Ausführungen wurden verworfen und der Anspruch der Kläger auf den vollen Erbtheil ihres enterbten Vaters gutgeheißen.

Gründe:

1. Die Bestimmung des § 987 (früher 2048) des privatrechtlichen Gesetzbuches, daß die wirksame Ausschließung eines Erben vom Pflichttheil auf den Erbfolgegang die ganz gleiche Wirkung äußere wie das Vorversterben des Enterbten vor dem Erblasser hat zur Folge, daß da, wo, wie hier, Angehörige der elterlichen Parentel zur Erbschaft berufen sind, an Stelle eines enterbten Schwestersohnes kraft Gesetz dessen Nachkommen zur Erbschaft gelangen, weil nach § 880 (früher 1926) des P. G.-B. in der Parentelordnung der Eltern unbeschränktes Eintrittsrecht und Stammtheilung gilt. Damit ist nun aber das Klagefundament für den Anspruch der Kläger auf den Erbtheil ihres enterbten Vaters an sich gegeben und frägt es sich bloß noch, ob die hienach feststehende gesetzliche Berufung der Kläger zur Erbschaft an Stelle ihres Vaters durch eine letztwillige Verfügung der Erblasserin gänzlich ausgeschlossen oder doch modifizirt worden sei, es muß aber auch diese Frage verneint und somit der Klaganspruch in vollem Umfange geschützt werden.

2. Zunächst anerkennen die Beklagten selbst, daß eine formell gültige Enterbung der Kläger nach Maßgabe der §§ 976 u. 977 (früher 2042 und 2043) des P. G.-B. *nicht* vorliege und sie wollen dementsprechend die letztern an Stelle ihres Vaters erben lassen, aber nur im Umfange des Pflichttheils. Allein eine derartige Einschränkung ihres gesetzlichen Erbrechtes müßten sich die Kläger nur gefallen lassen, wenn die Erblasserin den Willen, sie auf den Pflichttheil zu setzen und das Plus ihres Erbtheils den andern gesetzlichen Erben zukommen zu lassen, in dem von ihr errichteten Testamente deutlich und in unmißverständlicher Weise ausgesprochen hätte und diese Voraussetzung trifft nicht zu.

3. Gesetzt auch, es dürfte daraus, daß die Testatorin in einem ersten Testamente ihre Schwester Elisabetha Hubschmied und sobald diese vor ihr verstorben war, aber auch erst dann, in dem zweiten Testamente deren Sohn ausdrücklich enterbt hat, geschlossen werden, sie habe in der irrthümlichen Ansicht gestanden, daß die Enterbung eines Stammhalters, sobald dieser den Tod des Erblassers erlebe, von selbst auch den Ausschluß seiner Nachkommen vom Erbrecht in sich schließe, so folgt daraus noch lange nicht, daß es bei Errichtung des ersten oder zweiten Testamentes ihr Wille gewesen sei, nicht nur die Schwester und deren Sohn, sondern auch ihre Großneffen kraft Testament zu enterben. So wenig dann, wenn die Schwester der Erblasserin diese überlebt hätte und kein zweites Testament errichtet worden wäre, jene irrthümliche Rechtsanschauung genügt hätte, um eine testamentarische Enterbung des Schwestersohnes als gegeben zu betrachten, so wenig genügt dieselbe, um aus der Enterbung des letztern eine solche seiner Nachkommen, der heutigen Kläger, abzuleiten. Denn es ist doch klar, daß die Meinung einer Erblasserin, es berufe *das Gesetz*, wenn sie den A enterbe und dieser sie überlebe, die Glieder der übrigen Stämme an seiner Stelle zur Erbschaft, nicht den Willen bekunden kann, diese Personen, von denen sie annimmt, daß sie vom Gesetze berufen werden,

durch Testament zu berufen. Jene irrthümliche Annahme in Verbindung damit, daß die Erblasserin der Enterbungsklausel die Bemerkung beifügt, „es soll mein Vermögen den übrigen Intestaterben zukommen“, beweist zunächst gar nichts Anderes, als daß ihr Wille der war, es sollen diejenigen zur Nachfolge des Enterbten gelangen, welche das Gesetz dazu berufe, niemals aber kann darin die positive, sichere und untrügliche Willenserklärung erblickt werden, daß die Personen, an deren Berufung durch das Gesetz sie glaubt, *unter allen Umständen*, also auch dann, wenn dieser Glaube ein irrthümlicher sein sollte und zwar in diesem Falle *kraft Testament* an Stelle des Enterbten und der wirklich vom Gesetze für ihn Berufenen treten sollen.

Erbrecht.

Ausschließung eines Ehegatten vom Pflichttheil (§ 976 lit a des P. G.-B.). Anfechtung derselben. Einige allgemeine Grundsätze über Form und Voraussetzungen gültiger Enterbung.

Obergericht Zürich, Appellationskammer.
11. Mai 1889.

Den Erwägungen eines Urtheils, welches das Begehren einer Ehefrau um Aufhebung des sie gänzlich enterbenden Testamentes ihres verstorbenen Mannes abwies, entnehmen wir folgende allgemeine Sätze:

Bei Prüfung der Frage, ob Klägerin die ihrem Ehemann gebührenden Rücksichten auf eine grobe Weise verletzt oder beharrlich mißachtet habe, worauf seitens der Beklagten unter Hinweis auf die §§ 992 und 976a einzig abgestellt wird, ist im Allgemeinen zu berücksichtigen einerseits:

a. daß die allgemeine Rechtsregel, wonach den Notherben das Pflichttheilsrecht zusteht, möglichst gewahrt bleiben muß und nicht leichthin das Vorhandensein eines Enterbungsgrundes anzunehmen ist;

b. daß nicht das Gefühl bezw. willkürliche Ermessen des Erblassers selbst dafür maßgebend sein kann, ob dem Erben grobe Impietät zur Last fällt, daß vielmehr nur dann, wenn wirklich in der Außerachtlassung der besonderen Verhältnisse und Anschauungen des Erblassers eine grobe Verletzung der verwandtschaftlichen Rücksichten gefunden werden muß, eine Enterbung stattfinden kann;

c. daß zu unterscheiden ist zwischen dem Thun und Lassen eines Erben, verbunden mit der Absicht, den Erblasser zu beleidigen, und dem Thun und Unterlassen eines solchen, ohne diese Absicht und daß eine grobe Impietät, welche die Enterbung rechtfertigt, nur im ersteren Falle gefunden werden kann.

Anderseits darf es mit dem Beweise des Enterbungsgrundes, der von den Testamentserben geleistet werden muß, nicht allzu strenge genommen werden, da schon die Erklärung des Erblassers im Testamente ein Indicium für die Existenz des Enterbungsgrundes bildet, wie dieß die Gerichte schon mehrfach ausgesprochen haben; insbesondere aber ist zu berücksichtigen, daß das Gesetz es mit Absicht vermieden hat, so kasuistisch zu verfahren wie die bekannte Novelle 115 des römischen Rechtes. Unser Gesetz überläßt es vielmehr dem moralischen Gefühle des Richters, je nach dem Zusammenhang der Umstände eine Ausschließung für begründet oder für ungültig zu erklären. (Siehe Schneiders Commentar zu § 976.)

Der Vorwurf des Testators, es habe seine Frau bis in die letzte Zeit die schändlichsten Beschimpfungen über ihn ausgestoßen, kann nicht, wie die erste Instanz dieß unter Anrufung des § 977 des P. G.-B. thut, einfach wegen zu großer Allgemeinheit übergangen werden. Der citirte § 977 bestimmt, es seien die Gründe der Ausschließung eines Erben vom Pflichttheil von dem Erblasser in der letztwilligen Verordnung zu bezeichnen, widrigenfalls die Ausschließung nicht gelte. Damit will aber nur gesagt werden, daß eine *stillschweigende* Ausschließung vom Pflichttheil nicht genüge, einzelne Vorfälle brauchen nicht aufgezählt zu werden, es wäre dieß auch nutzlos, denn entweder wird das Testament anerkannt, dann ist eine solche Aufzählung überflüssig, oder der Enterbte ficht das Testament an, dann haben die Testaments-

erben im Prozesse alle Gelegenheit, die einzelnen Vorfälle hervorzuheben, welche der Testator bei seiner Enterbung im Auge hatte und den Beweis dafür zu leisten, daß es in der That Vorfälle waren, die eine Enterbung im Sinne des § 976 rechtfertigen. Besonders im vorliegenden Falle wäre es eine starke Zumuthung an den Erblasser gewesen, alle die Punkte im Testamente anzuführen, welche die Beklagten im Prozesse hervorgehoben haben. Der vorliegende Fall gibt also gewiß keinen Anlaß, von der bisherigen Praxis, welche eine Aufzählung der einzelnen Vorfälle im Testamente nicht verlangte, abzuweichen (vergl. Zeitschrift von Schauberg XIII. 378, XVII. 65) und es ist somit auf diesen Enterbungsgrund näher einzutreten.

Es ist selbstverständlich, daß in der Anhebung des Scheidungsprozesses von Seite der Klägerin an und für sich ein Grund zur Enterbung nicht liegen kann, denn wenn einem Ehegatten wirkliche Scheidungsgründe zu Gebote stehen, so kann in der Geltendmachung derselben eine grobe Impietät gegen den andern Gatten nicht gefunden werden, da Niemandem zugemuthet werden kann, auf sein gutes Recht zu verzichten. Eine Impietät kann im Vorgehen der Klägerin im Scheidungsprozesse selbst nur erblickt werden, wenn sich ergibt, entweder, daß Klägerin im Bewußtsein der Unbegründetheit ihres Vorbringens und in der Absicht, den Erblasser zu kränken und zu schädigen, gehandelt oder daß dieselbe zwar ohne dieses Bewußtsein und ohne diese Absicht die Prüfung der Verhältnisse *in leichtfertiger Weise* unterlassen hat (siehe Zeitschrift von Schauberg XVII. 70.)

Wenn die Klägerin schließlich darauf hinweist, daß auch der Erblasser sich Fehler ihr gegenüber habe zu Schulden kommen lassen, so ist das zwar thatsächlich richtig, aber rechtlich unerheblich, weil es für die Frage der Rechtsgültigkeit der Enterbung nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes einzig und allein nur darauf ankommt, ob der Enterbte die dem Erblasser gebührenden verwandtschaftlichen, resp. ehelichen Rücksichten verletzt oder beharrlich mißachtet habe und dieses nach den vorstehenden Ausführungen angenommen werden muß. Die Ausführung, daß ja das Gesetz nur von „gebührenden" Rücksichten spreche, daß aber der Ehegatte, der auch Schuld trägt an der Zerrüttung der Ehe, nicht die gleiche Rücksicht beanspruchen dürfe, wie der an der Zerrüttung unschuldige, legt dem Ausdruck „gebührend" einen Sinn bei, den das Gesetz nicht hat. Daß nicht lediglich von verwandschaftlichen Rücksichten die Rede ist, rührt daher, daß der Enterbungsgrund im ersten Satz des § 976 für alle Verwandtschaftsgrade aufgestellt ist, die einen Pflichttheil begründen und diesen verschiedenen Graden auch verschiedene Rücksichten gebühren. Daß aber der Gesetzgeber nicht daran gedacht hat, innerhalb eines Grades noch eine Unterscheidung danach zu machen, ob das Verhältniß ein engeres oder ein mehr äußerliches oder abstoßendes gewesen sei, geht daraus hervor, daß beim ersten Enterbungsgrund (Verlassen in großer Noth) jene Unterscheidung nicht gemacht ist, dazu aber noch mehr Veranlaßung gewesen wäre als beim vorliegenden zweiten, da es sich beim ersten lediglich um Unterlaßung einer Handlung, wozu der Erbe nicht nothwendig rechtlich verpflichtet war, handelt, während hier ein positives Thun vorliegt.

Berichtigung.

In dem Urtheil Baron di Pauli ca. Huber-Vogler, abgedruckt in No. 11 dieser Blätter vom 15. Juni soll es auf Seite 167 am Ende des ersten Absatzes statt „*Stadtchemiker*" heissen: „*Kantonschemiker*".

Die Redaktion.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. August 1889. VIII. Band. № 14.

Schweizer Blätter für

Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter“ erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die „Amerikanische Schweizer-Zeitung“, 18 Ann Str., New-York.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Actiengesellschaft.

Klage gegen Actienzeichner auf Einzahlung der gezeichneten Beträge, gestellt von einzelnen Gläubigern der im Konkurs befindlichen Gesellschaft. Legitimationsfrage.

Klagebestreitung, weil:

1. die Gesellschaft Mangels Beobachtung der Normativvorschriften der Art. 618 und 619 des O.-R. und Mangels Vorhandensein des statutengemäßen Grundkapitals gar nie zur Existenz gelangt sei;
2. dieselbe außer Stande sei, den Beklagten die ihren Zeichnungen entsprechenden Actienrechte zu gewähren;
3. die Zeichnungen nur Scheinzeichnungen seien, weil die Mitgründer den Beklagten zugesichert hätten, sie müssen nie bezahlen, sondern können ihre Zeichnungsverbindlichkeiten durch Abtretung von Guthaben auf einen Dritten erfüllen;
4. die Beklagten von den Mitgründern durch Betrug zur Zeichnung verleitet worden seien und weil sie die letztere jedenfalls wegen Irrthum anfechten können;
5. verschiedene Mitunterzeichner zahlungsunfähig und deßhalb das Grundkapital in *Wirklichkeit* nicht hergestellt sei.
6. die Form der Actienzeichnung eine mangelhafte und die gezeichneten Beträge den Beklagten im Kassabuch der Gesellschaft gutgeschrieben seien etc.

Obergericht Zürich, Appellationskammer,
15. Juni 1889.

Unter der Firma: „Bijouteriefabrik G. Stapfer in Zürich“ bestand eine Kollektivgesellschaft mit den solidaren Antheilhabern Oskar und Cäsar Stapfer.

Am 8. Oktober 1885 konstituirten die beiden Antheilhaber dieser Firma nebst 5 andern Personen (Heinrich Stüssi-Trümpy, A. Rüttimann, H. Ricklin, Jakob Naegeli und H. F. Wüst) eine Kollektivgesellschaft unter der Firma: „Bijouteriefabrik Zürich“ mit dem nämlichen Zweck, den die Kollektivgesellschaft G. Stapfer verfolgt hatte, Handel in Gold-, Silber- und Compositionswaaren zu betreiben.

Laut dem Gesellschaftsvertrag (den Statuten) wurde das Actienkapital auf 500,000 Frkn. festgesetzt und in 1000 Inhaberaktien von je 500 Fr. eingetheilt, welche sofort von den 7 Gründern übernommen wurden. Es übernahmen laut eigenhändiger Unterschrift:

1. Cäsar Stapfer 350 Actien à 500 Fr. = 175,000 Fr.
2. Oskar Stapfer 350 Actien à 500 Fr. = 175,000 „
3. Heinrich Stüssi-Trümpy 250 Actien à 500 Fr. = 125,000 „
4. A. Rüttimann 20 Actien à 500 Fr. = 10,000 „
5. H. Ricklin 10 Actien à 500 Fr. = 5,000 „
6. Jakob Nägeli 19 Actien à 500 Fr. = 9,500 „
7. H. F. Wüst 1 Actie à 500 Fr. = 500 „

Summa 500,000 Fr.

Der § 5 der Statuten bestimmt; „Es übernimmt die Actiengesellschaft von der Firma: „Bijouteriefabrik G. Stapfer in Zürich“ die beiden Fabriken nebst Bureau, Utensilien, Maschinen etc. in Horgen und Wädensweil, das Depôt und Detail-Bijouteriegeschäft am erstern Orte, das Engrogeschäft nebst Waarenlager in Zürich und das Depôt und Detail-Bijouteriegeschäft an der Bahnhofstraße No. 64 daselbst etc., wofür Abtreterin als Gegenwerth 500,000 Fr. und zwar 350,000 Fr. in voll einbezahlten Actien und 150,000 Fr. in baar erhält.“

Im Protokoll über die Verhandlungen der constituirenden Generalversammlung ist gesagt: „Es wird constatirt, daß das ganze Actienkapital gezeichnet und 20 % auf jede Actie einbezahlt sind.“ Am 13. Oktober 1885 erfolgte die Anmeldung zur Eintragung ins Handelsregister. Derselben wurde zum Beweise dafür, daß über 20 % des gezeichneten Actienkapitals und auch mehr als 20 % auf jeder einzelnen Actie eingezahlt seien, ein beglaubigter Auszug aus dem Kassabuch der Gesellschaft beigelegt, welcher eine *Baar*einzahlung von 150,000 Fr., angeblich geleistet von den Actienzeichnern und Mitgründern Jakob Nägeli mit 9500 Fr., Stüssi-Trümpy mit 125,000 Fr., A. Rüttimann mit 10,000 Fr., Caspar Ricklin mit 5000 Fr. und H. F. Wüst mit 500 Fr. ausweist. Ob Wüst wirklich bezahlt hat, ist heute nicht ermittelt. Dagegen steht fest, daß die andern Personen keinen Rappen bezahlt haben. Sie wollen im Umfange der gezeichneten Beträge Gläubiger der Kollektivgesellschaft G. Stapfer gewesen sein und ihrer Einzahlungspflicht in der Weise genügt haben, daß sie diese ihre Guthaben auf Stapfer der Actiengesellschaft abgetreten haben, welche dieselben dann ihrerseits mit der Kaufpreisschuld gegenüber Stapfer compensirt habe. Der wirkliche Werth der von den Gebrüdern Stapfer übernommenen Waaren und Maschinen betrug keine 100,000 Frkn., geschweige den 500,000 Fr. Zu Verwaltungsräthen wurden Cäsar Stapfer, Stüssi-Trümpy und Rüttimann und zu Rechnungsrevisoren Oskar Stapfer und Nägeli gewählt. Der Verwaltungsrath seinerseits aber wählte den Cäsar Stapfer zum Direktor. Die Eintragung der Actiengesellschaft ins Handelsregister erfolgte am 21. Oktober 1885 und nun konnte der Geschäftsbetrieb beginnen. Die Allgemeine Kreditbank Basel hatte schon mit Vertrag vom 10. Oktober 1885 gegenüber der Actiengesellschaft die Emission eines 5 %igen Anleihens von 250,000 Fr. in Inhaberobligationen à 1000 Fr., — sichergestellt durch drei Generalobligos auf die Etablissemente und Verkaufsmagazine der Gesellschaft, — übernommen und überdem der letztern einen Kredit von 60,000 Frkn. versprochen gegen Hinterlage der zu emittirenden Obligationen und Abtretung gewisser dem Verwaltungsrath und Actionär Stüssi-Trümpy auf Maschinen, Utensilien und Waarenlager der Bijouteriefabrik *G. Stapfer* zustehender Pfandrechte.

Die Bijouteriefabrik *G. Stapfer* war mit der Gründung der Actiengesellschaft ins Stadium der Liquidation übergetreten und sie wurde nun plötzlich von allen Seiten betrieben. Die Gläubiger erwirkten Pfändung der sämmtlichen beweglichen Activen, die an die Aktiengesellschaft abgetreten worden waren. Natürlich hatten unter diesen Umständen die für Deckung der auszugebenden Inhaberobligationen bestimmten Generalobligos auf Etablissemente und Waaren der Actiengesellschaft nicht errichtet und deßhalb die Obligationen auch nicht abgesetzt werden können. Dagegen hatte die Allgemeine Kreditbank Basel der Actiengesellschaft den versprochenen Kredit gewährt. Sie wollte wieder bezahlt sein, erhob deßhalb den Rechtstrieb und erwirkte ein Pfandrecht an den gleichen Waaren, welche den Gläubigern der Kollektiv-

gesellschaft eingepfändet worden waren. Dieses Pfandrecht hatte indessen nur einen Werth, wenn es möglich wurde, die vorgehenden Pfandrechte des Dr. Hüni in Horgen, Tschudi-Stäger in Glarus und der Leihkasse Wädensweil, welche in Folge Betreibung der *Kollektivgesellschaft* entstanden waren, zu beseitigen. Und dieß versuchte denn auch die Allgemeine Kreditbank, indem sie am 19. März 1886 gegen die genannten Personen beim Bezirksgericht Zürich Klage einleitete über die Streitfrage, ob die von den Beklagten an den Activen der Actiengesellschaft Bijouteriefabrik Zürich erlangten gerichtlichen Pfandrechte als ungültig zu verwerfen und am Pfandbuch zu löschen seien. Begründet wurde die Klage damit, daß die im Zeitpunkte der Eintragung ins Handelsregister mit juristischer Persönlichkeit ins Leben getretene Actiengesellschaft die in Frage kommenden Pfandobjekte im Oktober 1885 gekauft und tradirt erhalten habe, also schon damals Eigenthümerin derselben geworden sei, weßhalb die Schuldnerin der Beklagten, die Kollektivgesellschaft G. Stapfer in Liquidation zur Zeit der betreffenden Pfändungen im Januar und Februar 1886 nicht mehr habe Eigenthümerin sein können, woraus von selbst folge, daß die Gegenstände auch nicht für Schulden derselben gültig haben eingepfändet werden können. Die Beklagten bestritten den behaupteten Eigenthumsübergang von der Kollektiv- auf die Aktiengesellschaft, weil letztere Mangels Beobachtung der Normativvorschriften der Art. 618 und 619 des O.-R. gar nie ins Leben getreten sei, also auch nicht Eigenthum habe erwerben können und weil eventuell nur eine Tradition im Sinne von Art. 202 des O.-R. vorliege, die wegen beabsichtigter Benachtheiligung der Beklagten als Gläubiger der Kollektivgesellschaft diesen gegenüber als unwirksam erklärt werden müsse.

Ueber Stüssi-Trümpy ist schon am 14. Januar 1886 Konkurs ausgebrochen. Am 26. Mai 1886, also während der Pendenz des genannten Prozesses gerieth die *Actiengesellschaft* in Konkurs, am 28. Mai Oskar Stapfer, der bald darauf starb, am 8. Juni Cäsar Stapfer und endlich am 28. Juni 1886 die Kollektivgesellschaft in Liquidation. Alle im Oktober 1885 seitens der Kollektivgesellschaft G. Stapfer an die neugegründete Actiengesellschaft verkauften Waaren wurden im Konkurse unter die Activen der Letztern aufgenommen, von der Konkursmasse der Kollektivgesellschaft aber vindicirt.

Durch zweitinstanzliches Urtheil vom 27. Oktober 1887 wurde der erwähnte Prozeß zwischen der Allgemeinen Kreditbank Basel als Klägerin und Dr. Hüni, Tschudi-Stäger und Leihkasse Wädensweil als Beklagte zu Gunsten der Letztern erledigt. Das Gericht nahm zwar an, daß die Actiengesellschaft trotz Nichtbeobachtung der Normativvorschriften der Art. 618 und 619 des O.-R. mit der Eintragung ins Handelsregister ins Leben getreten sei und folglich auch Eigenthum habe erwerben können, daß aber nur ein Eigenthumsübergang durch constitutum possessorium vorliege und dieser gegenüber den beklagten Gläubigern der Kollektivgesellschaft wegen der bei der Veräußerung vorhanden gewesenen Benachtheiligungsabsicht unwirksam sei (siehe H. E. VI 343 u. f.).

Dieses Urtheil hatte zur Folge, daß alle die betreffenden Waaren im Activenverzeichniß der Actiengesellschaft gestrichen, in dasjenige der Kollektivgesellschaft aufgenommen und im Konkurse der letztern versteigert worden sind. Der Gesammterlös betrug 26,173 Fr. 20 Rp.

Mit Rücksicht darauf, daß die Actiengesellschaft von der Gründung bis zum Konkurse einen Theil der Waaren theils in Zürich, theils in Mailand verkauft hatte und weil gestützt auf das erwähnte Urtheil angenommen wurde, daß darin eine unberechtigte Verfügung über Eigenthum der Kollektivgesellschaft G. Stapfer gelegen habe, wurde im Konkurse der letztern überdem unter die Aktiven aufgenommen: „Ein Guthaben auf die Actiengesellschaft im Betrage von *circa* 5000 Fr., Werth derjenigen Gegenstände, die von ihr nach Abschluß des Kaufvertrages und vor der Konkurseröffnung zu ihrem Nutzen verkauft worden sind und die allfällige Schadenersatzforderung an die Gründer, für den im Konkurse nicht erhältlichen Theil dieser Forderung.“ Dieses Guthaben ist dann versteigert

und von Dr. Hüni in Horgen um 300 Frk. gekauft worden, wodurch derselbe, die Existenz der Forderung vorausgesetzt, Gläubiger der Actiengesellschaft geworden wäre. Er nahm an, daß der genaue Betrag des Guthabens die Summe von 26,000 Fr. erreiche und cedirte davon den 5000 Fr. übersteigenden Betrag an Heer-Stapfer und Kennel & Cie., die damit ebenfalls Gläubiger der Actiengesellschaft geworden wären.

Im Konsurse der Actiengesellschaft hatte die Ladengehülfin Frl. Emma Schweizer eine Salairforderung von 310 Fr. angemeldet, die unbestritten geblieben ist.

Die Gläubiger der Actiengesellschaft verlangten, daß die Konkursverwaltung die Actionäre auf Einzahlung der gezeichneten Actienbeträge belange. Der Konkursrichter lehnte aber die Führung eines solchen Prozesses auf Rechnung der Masse ab und überließ dieselbe den Gläubigern (§ 62 des Konkursgesetzes). Daraufhin erklärten sich zur Prozeßführung bereit:

Fräulein Emma Schweizer,
Dr. Hüni in Horgen,
Heer-Stapfer, — und
Kennel & Cie.

Da Oskar Stapfer gestorben ist, Ricklin und Rüttimann unbekannt abwesend sind und Wüst den hiesigen Gerichtsstand bestritt, so wurden hierorts nur Cäsar Stapfer für 175,000 Fr. (abzüglich 13,000 Fr., die er an Waaren einbezahlt habe), Stüssi-Trümpy für 125,000 Fr. und Jakob Nägeli für 9500 Fr. belangt. Cäsar Stapfer erschien auf keine gerichtliche Vorladung. Dagegen ließen sich Stüssi-Trümpy und Nägeli vertreten und verlangten Abweisung der Klage. Das Bezirksgericht Zürich wies in der That die Klage gegenüber allen drei Beklagten ab. *Die Appellationskammer des Obergerichtes dagegen hiess dieselbe gut, indem sie die Beklagten verpflichtete, die gezeichneten Beträge in die Konkursmasse der Actiengesellschaft einzuzahlen.*

Gründe:

1. Die Legitimation der Kläger zur Stellung der vorliegenden Klage ist durch die einfache Thatsache hergestellt, daß dieselben im Konkurse der Actiengesellschaft formell als Gläubiger auftreten und daß ihnen mit Rücksicht darauf von der Konkursverwaltung die Führung dieses Prozesses überlassen worden ist. Denn sie machen ja keinen selbständigen, ihnen als Gläubiger direkt zustehenden Anspruch der Actiengesellschaft geltend und bedürfen deßhalb zu ihrer Legitimation auch nur der Ermächtigung seitens der letztern, welche jedem gegeben werden kann, der im Konkurse formell als Gläubiger auftritt. Ob die Kläger *wirkliche* Gläubiger der Actiengesellschaft sind, d. h. ob die Forderungen, die sie an diese stellen, materiell begründet sind, oder nicht, ist hier nicht zu untersuchen, sondern muß im Konkurse der schuldnerischen Gesellschaft untersucht und entschieden werden. Dieser Auffassung scheint allerdings der Schlußsatz des § 62 des Konkursgesetzes, dahin lautend, daß die prozessirenden Gläubiger einen allfälligen *Ueberschuss* über ihre Forderungen und Prozeßkosten hinaus in die Masse abzugeben haben, zu widersprechen. Allein der Widerspruch ist auch nur ein scheinbarer. Denn es wollte hier kein Prozeßgrundsatz des Inhalts aufgestellt werden, daß die Massaverwaltung die Verfolgung eines Anspruches auf Aktivenvermehrung nur solchen Personen überlassen könne, deren wirkliche Gläubigerqualität festgestellt sei, bezw. daß zur Legitimation der Nachweis nicht nur des Gläubigeranspruches, sondern der wirklichen Gläubigerqualität gehöre. Sondern das Gesetz setzt bei dem genannten Schlußsatz einfach voraus, daß die prozessirenden Gläubiger auch wirklich Forderungen an den Cridaren haben und schreibt für diesen Fall vor, daß sie zunächst zur Befriedigung gelangen. Es handelt sich hier einfach um einen speziellen Grundsatz des Theilungsverfahrens, der in der Einräumung eines Privilegiums zu Gunsten derjenigen Gläubiger, welche das neue Activum erstritten haben, auf dieses Activum besteht und dieses Privilegium setzt selbstverständlich voraus, daß die prozessirenden Personen auch wirklich Gläubiger seien, was sie nach erfolgreicher Erstreitung des Activums im Konkurs zu beweisen haben, falls eine Bestreitung ihrer Ansprüche dannzumal nicht ver-

spätet sein sollte. Können sie ihre Forderungen nicht herstellen, so erhalten sie nichts außer dem Ersatz der aufgewendeten Prozeßkosten, während sie andernfalls zunächst zu befriedigen sind. Die Gläubigereigenschaft der Fräulein Schweizer ist übrigens von den Beklagten Nägeli und Stüssi in der Klageinlassung anerkannt worden und die versuchte Rücknahme dieser Anerkennung in der Duplik unzulässig. Die Kollektivgesellschaft G. Stapfer ist im Konkurse der Actiengesellschaft mit einem Guthaben von ca. 5000 Fr. aufgetreten. Sie wollte damit das *ganze* Guthaben aus dem Verkauf von ihr gehörigen Waaren durch die Actiengesellschaft geltend gemacht wissen, auch wenn dasselbe den Betrag von 5000 Fr. übersteigen sollte. In diese Stellung sind aber die Kläger Dr. Hüni, Heer und Kennel & Cie. eingetreten und müssen deßhalb formell ebenfalls als Gläubiger der Actiengesellschaft angesehen werden. Ob und in welchem Umfange sie dann ihre Gläubigereigenschaft im Konkurs nachzuweisen vermögen, ist eine andere, hier nicht zu erörternde Frage. Das richtige Vorgehen der Kläger wird demnach auch das sein, daß sie das erstrittene Activum durch die Konkursverwaltung eintreiben lassen und dann nach Herstellung ihrer Forderung das erwähnte Privileg geltend machen.

2. Uebergehend auf das Materielle, ist zunächst hervorzuheben, daß der Beklagte Cäsar Stapfer durch sein Nichterscheinen auf die peremptorische Vorladung die Klagethatsachen anerkannt und auf Einreden verzichtet hat. Denn daraus ergibt sich auch die Gutheißung der Klage ihm gegenüber ohne Weiters. Er hat 350 Actien à 500 Fr. gezeichnet, sich also zur Bezahlung von 175,000 Frkn. verpflichtet und diese Verpflichtung muß er erfüllen. Allerdings gestattet ihm der Zeichnungsvertrag, dieser Einzahlungspflicht durch Compensation mit einer gleich großen Kaufpreisforderung an die Actiengesellschaft nachzukommen, allein die Compensationsmöglichkeit ist insoweit weggefallen, als er die verkauften Waaren nicht zu liefern im Stande war und deßhalb auch das Kaufpreisguthaben nicht zu fordern hat. Die Kläger anerkennen bloß eine Waarenlieferung an die Actiengesellschaft im Werthe von 26,000 Fr., woraus folgt, daß Cäsar Stapfer, der die Hälfte davon geliefert hat, auch nur mit 13,000 Fr. compensiren, die übrigen 162,000 Fr. aber baar einzuzahlen hat.

3. Das Bezirksgericht hat die Klage gegenüber allen Beklagten deßwegen abgewiesen, weil die Actiengesellschaft, aus deren Recht geklagt werde, nicht in der Lage sei, den Beklagten, die ihren Zeichnungen entsprechenden Actienrechte zu gewähren. Dieser Standpunkt ist aber durchaus unrichtig. Im Prinzipe muß zwar allerdings anerkannt werden, daß die Actienzeichnung durch die Gewährung entsprechender Actienrechte bedingt ist und dieser Satz auch für die Zeit nach dem Konkursausbruch über die Actiengesellschaft gilt. Ferner mag im Allgemeinen zugegeben werden, daß der Actienzeichner die Ausfolgung von Actienbriefen d. h. derjenigen Titel verlangen kann, in denen die Actienrechte verkörpert sind und vermittelst welcher dieselben einzig begeben werden können. Dieses letztere Recht erleidet aber im Konkurse der Actiengesellschaft eine Modification, weil derselbe die Auflösung der Gesellschaft und den Wegfall derjenigen Organe zur Folge hat, welche allein die Actienbriefe in statutenmäßiger Form ausfertigen könnten. Hier müssen sich die Zeichner mit einer Quittirung der geleisteten Einzahlungen, verbunden mit gleichzeitiger Anerkennung ihrer Eigenschaft als Actionäre begnügen, sobald nur diese Anerkennung in wirksamer Weise noch ausgesprochen werden kann. Das letztere wäre dann nicht der Fall, wenn die Gesellschaft bereits vorher über die betreffenden Actienrechte verfügt, durch Ausstellung und Begebung von Actienbriefen dieselben bereits Dritten eingeräumt und außer Stande wäre, andere Actienrechte zu beschaffen, weil bereits über alle verfügt wäre. Dieser Fall liegt aber hier überall nicht vor: Denn es sind wohl Actienbriefe ausgefertigt, aber nicht unterzeichnet und nicht gestempelt worden. Diese Papiere stehen der Gesellschaft heute noch zur Verfügung, sie kann dieselben jeden Augenblick vernichten. Kein Dritter hat ein Actienrecht erworben und die Gesellschaft ist somit in der Lage und auch Willens, den

Beklagten die verlangten Actienrechte zu gewähren. Daraus folgt aber auch ihre Berechtigung zur Geltendmachung der Einzahlungspflicht. Das in den bundesoberhandelsgerichtlichen Entscheidungen Bd. IX Seite 227 u. f. abgedruckte Urtheil, welches der ersten Instanz als Vorlage gedient zu haben scheint, steht mit dieser Auffassung durchaus nicht im Widerspruch. Denn dort war die Actiengesellschaft, weil sie bereits alle Actienrechte vergeben hatte, außer Stande, den ins Recht gefaßten Zeichnern die entsprechenden Actienrechte einzuräumen, was hier durchaus nicht der Fall ist. (Siehe im Uebrigen das Urtheil in den B. O. H. Entscheidungen Bd. XX S. 276 Erwägung 4.)

4. Eine weitere Einwendung der Beklagten geht dahin, es sei die Actiengesellschaft gar nicht ins Leben getreten und deßhalb auch die Verpflichtung aus der Zeichnung nicht existent geworden. Wäre der Einwand thatsächlich richtig, so müßte auch die Schlußfolgerung anerkannt werden (Art. 617 des O.-R.), es entbehrt derselbe aber jener thatsächlichen Richtigkeit. Das Grundkapital ist vollständig gezeichnet worden, ob es aber in Wirklichkeit auch vollständig vorhanden ist, unerheblich. Denn der rechtliche Bestand einer Actiengesellschaft ist zwar wohl durch das Vorhandensein eines Grundkapitals überhaupt, nicht aber durch das Vorhandensein eines solchen *in bestimmter Höhe* bedingt (siehe Renaud, das Recht der Actiengesellschaften, 2. Auflage, S. 295 und 296) und die Nichtbeobachtung der Normativvorschriften des Gesetzes ist geheilt durch die Eintragung der Actiengesellschaft ins Handelsregister, wofür lediglich auf das dießseitige Urtheil in Sachen Kreditbank Basel ca. Hüni u. Cons. und die dort angeführten Citate zu verweisen ist (H. E. VI, 343 u. f.).

5. Die Beklagten behaupten, daß ihnen die Mitstifter zugesichert haben, sie müssen nie einzahlen, es handle sich überhaupt nicht darum, sondern sie können ihre Einzahlungspflicht durch Abtretung gleich großer Guthaben an die Collectivgesellschaft G. Stapfer erfüllen. Allein die Behauptung ist ganz unerheblich. Die Rechtsgültigkeit der Actienzeichnung ist an die schriftliche Form gebunden (Art. 615 des O.-R.) und daraus folgt, daß als erklärter Vertragswille nur der in dieser Form ausgesprochene gelten kann und daneben herlaufende mündliche Beredungen, die mit dem schriftlich Erklärten im Widerspruch stehen, außer Betracht fallen. Der Actienzeichner weiß, daß er eine unmittelbar zu Gunsten der zukünftigen Actiengesellschaft wirkende und nur für diese entstehende Verpflichtung eingeht und daß die Gesellschaft sich bezüglich der Rechte aus der Zeichnung nur an die schriftliche Zeichnungsurkunde hält und halten kann und er weiß daher, bezw. er muß wissen, daß diese einzig für den Inhalt seiner Verpflichtung maßgebend ist und er sich ihr gegenüber nicht auf Nebenberedungen mit den Mitgründern oder Projektanten berufen kann. (Entscheidungen des Bundes O. H. Bd. XX S. 274 Erwäg. 2 und die dort angeführten weitern Entscheidungen.) Aber auch die im gleichen Zusammenhange vorgebrachte Einrede des Irrthums ist unbegründet. Denn haben die Beklagten angenommen, die Zusicherung der Mitgründer, daß sie ihrer Einzahlungspflicht auch durch Abtretung von Forderungen an die Collectivgesellschaft Stapfer ein Genüge leisten können, sei, trotz Nicht-Erwähnung einer bezüglichen Befugniß in der Actienzeichnung, richtig, so ist das ein *unwesentlicher* Irrthum, weil er sich nicht auf eine irrthümliche *thatsächliche* Voraussetzung, sondern auf eine irrthümliche Rechtsauffassung bezieht.

Die Beklagten haben sich schriftlich verpflichtet zur Baareinzahlung, weil sie glaubten einer bezüglichen Klage die Nebenberedung mit den Mitgründern entgegen halten zu können. Sie wußten, daß sie sich gegenüber der Gesellschaft, die nur die Zeichnungsurkunde kenne und nur auf diese abstelle, zur Baarzahlung verpflichteten und sie sprachen diese Verpflichtung aus aus dem rechtsirrthümlichen Beweggrunde, daß sie dieselbe gestützt auf die Nebenberedung nicht zu erfüllen brauchen. Die Beklagten mögen, wenn sie durch die Zusicherungen der Mitgründer benachtheiligt worden sind, diese belangen. Unhaltbar ist weiter die Einrede des Betruges. Die Actiengesellschaft hat sich jedenfalls keines Betruges schuldig gemacht, ob

ein solcher aber dritten Personen zur Last fällt, berührt sie nicht. Die Gründer sind nicht ihre Stellvertreter. Und übrigens ist in Wirklichkeit wohl auch von einem Betruge der letztern gegenüber den Beklagten nicht die Rede, sondern die Sache die, daß alle zusammen im Bewußtsein, daß es sich um Beschwindlung Dritter handle, vorgegangen sind. Die Beklagten wußten ganz genau, daß ihre Forderungen auf die Collectivgesellschaft nichts werth waren und sie konnten deßhalb in guten Treuen nicht daran denken, daß mit solchen Werthen bezw. Nichtwerthen das Grundkapital einer Actiengesellschaft gebildet werden dürfe, eine Betrachtung, die auch zur Annahme führt, daß sie im Ernste gar nicht glaubten, sich auf diese Weise von ihrer Einzahlungspflicht befreien zu können, sondern einfach hofften, die Actien vor dem Krach absetzen zu können und dadurch frei zu werden. In Wirklichkeit ist also auch der obenerwähnte, im Uebrigen unerhebliche Irrthum gar nicht vorhanden gewesen. Die Beklagten waren ferner darüber gar nicht im Zweifel, daß die Waaren, welche die Gebrüder Stapfer der Actiengesellschaft abzutreten sich verpflichteten, lange nicht einen Werth von 500,000 Frkn. representiren und wenn sie dieses im Gründungsvertrag dennoch anerkannten, so haben sie nicht in guten Treuen gehandelt. Nägeli und Stüßi standen mit Cäsar Stapfer auf befreundetem Fuß und hatten einen ziemlich offenen Einblick in seine zerrütteten Verhältnisse. Nägeli war schon im November 1884 Gläubiger der Bijouteriefabrik G. Stapfer im Betrage von 14,510 Fr. und er hielt seine Schuldnerin schon damals nicht für gut, denn er ließ sich Waaren im Werthe von über 10,000 Fr. und eine Lebensversicherungspolice als Faustpfand geben. An dieses Guthaben hat er im Konkurs der Collectivgesellschaft noch 3000 Fr. angemeldet. Am 24. Februar 1885 ließ er sich ein Obligo für 8000 Fr. ausstellen und begnügte sich mit der Stipulation von 8 Rückzahlungsterminen, die je 3 Monate auseinanderlagen. Auch hier wurde ein Faustpfandvertrag über ein Waarenlager im angeblichen Werthe von 13,000 Fr. geschlossen, alles Umstände, welche erkennen lassen, wie sehr Nägeli die precäre ökonomische Lage Stapfers kannte. Im September 1885 endlich acceptirte er einen Wechsel von 3000 Fr. und setzte auf einen andern seine Girounterschrift. Es handelte sich um reine Gefälligkeitsunterschriften, um momentane Geldverlegenheiten Stapfers zu heben. Der Einblick, wie ihn Nägeli hienach in die Verhältnisse Stapfers gehabt haben muß, läßt es als ganz unmöglich erscheinen, daß er dessen Activbestand an Waaren auf 500,000 Fr. geschätzt habe, während derselbe nicht 100,000 Fr. werth war. Stüssi-Trümpy stund den Verhältnissen Stapfers wo möglich noch näher. Bei Gründung der Actiengesellschaft ließ er sich einen Sichtwechsel von 60,000 Fr. geben, erhob dafür den Rechtstrieb, ließ alles pfänden und erhielt dennoch einen *un*gedeckten Pfandschein. Daneben hatte er einen Kauf- und Miethvertrag zur Deckung weiterer 40,000 Fr. Es war ihm also offenbar Alles verschrieben und das wußte er ganz selbstverständlich und dennoch scheut er nicht davor zurück, im Gründungsvertrag zu bestätigen, daß für 500,000 Fr. Waaren da seien. Die Sache liegt so klar, daß die Einrede des Betruges ab Seite des Stüßi eine arge Trölerei genannt werden muß.

6. Nicht weniger unzutreffend als die bisherigen Einwendungen ist die Berufung darauf, daß verschiedene Zeichner zahlungsunfähig und deßhalb das Grundkapital in Wirklichkeit nicht hergestellt sei. Die Beklagten sind mit den andern Gründern zusammengetreten und haben die Gesellschaft unter Uebernahme sämmtlicher Actien gegründet. Sie wußten, mit wem sie zusammentraten und hatten Veranlaßung und Gelegenheit zur Prüfung ihrer gegenseitigen Solvenz. Indem sie keinen Anstand nahmen, die Gesellschaft durch ihr vereintes Zusammenwirken zu gründen, haben sie auch zu erkennen gegeben, daß sie mit den gegebenen Zeichnungen das Grundkapital als hergestellt betrachten. Die Sache läge vielleicht etwas anders, wenn sie ihre Zeichnungen als im Uebrigen unbetheiligte Dritte gegenüber einem Gründungskomite, den sogenannten Projektanten gegeben hätten. Die Gründer selbst aber können mit dergleichen Einreden

nicht gehört werden. Denn sie wissen, daß die Gesellschaft auf Grund ihrer Actienübernahme nach Außen auftritt, vom Momente ihres Eintrittes in die Sphäre des Handelns an Verbindlichkeiten eingeht, die erfüllt werden müssen, daß das Publikum auf das Grundkapital hin creditirt und diese Verhältnisse legen ihnen die Pflicht auf, bei der Gründung mit Vorsicht vorzugehen. Lassen sie diese Pflicht außer Acht, so können sie sich, zumal den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber, gewiß nicht auf solche Einwendungen berufen. Uebrigens haben ja Nägeli und Stüßi die Insolvenz der beiden Stapfer genugsam gekannt und werden ihnen auch die Verhältnisse der übrigen Zeichner, deren Insolvenz indeß gar nicht hergestellt ist, nicht ganz unbekannt gewesen sein. (Siehe Entsch. des B. O. H. G. XX Seite 279 u. f.)

7. Dem Standpunkt, daß die Einzahlungspflicht durch Gutschrift der gezeichneten Beträge im Kassabuch erloschen sei, ist entgegenzuhalten, daß der Zweck dieser Gutschrift nicht der war, die Beklagten von ihren Zeichnungsverbindlichkeiten zu befreien, sondern bloß der, den Handelsregisterführer zu täuschen, ihn glauben zu machen, daß die gesetzlich geforderten 20 % per Actie wirklich baar einbezahlt seien und daß übrigens, wenn ihr ein Liberirungswille zu Grunde läge, derselbe, weil die Gutschrift von den Gründern und nicht von der Actiengesellschaft herrührt, der letztern gegenüber, der ja die Zeichnungsverbindlichkeiten überwiesen worden sind, unverbindlich wäre. Wohl können die Gründer einen Zeichner seiner Verbindlichkeit entlassen, aber selbstverständlieh nur dadurch, daß sie die Zeichnung vernichten. Ueberweisen sie dieselbe als eine in Kraft bestehende der Gesellschaft, so besteht die Verantwortlichkeit dieser gegenüber und ist die Liberirung „unter der Hand“ gleich wie ein die Baarzahlungspflicht ausschließender Revers für die Gesellschaft unverbindlich. Das betreffende Kassabuch scheint sofort vernichtet worden zu sein, es steht nicht fest, daß es nach der Eintragung ins Handelsregister noch bestanden habe und folglich kann auch nicht gesagt werden, es habe letztere selbst die Liberirung anerkannt. Auch das wäre aber ungültig, denn die Gesellschaft kann die Actienzeichner natürlich nicht entlassen.

8. Der Beklagte Stüssi speziell ficht seine Actienzeichnung Mangels genügender Form an. Es ist aber auch diese Einrede so unbegründet wie die andern. Das Gesetz verlangt bloß eine *schriftliche*, auf die Statuten Bezug nehmende Erklärung und nun hat Stüssi unterschriftlich erklärt, er, *als Actionär mit 250 Actien à 500 Fr. gleich 125,000 Fr.* nehme die Statuten an, er hat unterschriftlich bestätigt, daß er *als Actionär mit 250 Actien* die Zeichnuug des ganzen Actienkapitals und die Baareinzahlung von 20 % auf jeder Actie bestätige und den Kaufvertrag mit der Collectivgesellschaft Stapfer genehmige. Daß damit der Wille, 250 Actien nehmen zu wollen, in klarster und unzweideutigster Form documentirt, in schriftlicher Form und in Anlehnung an die Statuten ausgesprochen ist, sollte keiner weitern Begründung bedürfen. Es würde ja schon die schriftliche Anerkennung einer thatsächlich nicht stattgefundenen Zeichnung genügen, sofern sie in der Absicht, ein Bekenntniß in Betreff der eigenen Verpflichtung abzugeben, erfolgt ist (siehe B. O. H. Bd. IX S. 238).

9. Stüssi-Trümpy behauptete erstinstanzlich, er habe 70,000 Fr. an das von ihm gezeichnete Actienkapital einbezahlt, heute reduzirt er diese Summe auf 60,000 Franken. Allein es ist keines von beiden der Fall. Seine dießfällige, allem Anschein nach übrigens nicht von ihm selbst, sondern von seinem Anwalt ausgeheckte Construktion, die Kreditbank Basel habe der Actiengesellschaft den Vorschuß von 60,000 Fr. laut Vertrag vom 10. Oktober 1885 (Akt 13 No. 16) auf seine, Stüssis Rechnung, gemacht und er sei daher im gleichen Betrage Darlehensschuldner der Kreditbank geworden, ist eine verfehlte, den Akten total widersprechende. Denn wie der citirte Vertrag deutlich genug beweist, hat die Kreditbank jenen Vorschuß nicht ihm, sondern direkt der Actiengesellschaft versprochen. Diese und nicht er ist Schuldnerin der Kreditbank geworden. Die letztere hat deßhalb auch nicht ihn, sondern die Actiengesellschaft für die 60,000 Fr. betrieben

und um Deckung zu erhalten, den Prozeß mit Hüni u. Cons. über die Frage geführt, ob nicht die Pfandgegenstände der letztern Eigenthum der Actiengesellschaft seien. Die Kreditbank hat die Forderung auch im Konkurse der Actiengesellschaft als ihrer Hauptschuldnerin angemeldet und im Konkurse des Stüssi-Trümpy gemäß dem citirten Vertrag nur eine Bürgschaftsverpflichtung geltend gemacht. Indem sich Stüssi von der Kollektivgesellschaft Stapfer einen Sichtwechsel von 60,000 Fr. geben ließ und dafür ein Pfandrecht erwirkte, das er dann der Kreditbank abtrat, wollte er gar nicht für seine Sicherheit sorgen, sondern dem Stapfer, der die Kreditbank auf anderm Wege nicht decken konnte, einen Dienst leisten. Die 60,000 Fr. bildeten einen Theil seiner Gesammtforderung an Stapfer von 120,000 Fr. laut Vertrag vom 30. September 1885 und diese ganze Forderung wurde im Konkurse des Stüssi unter die Activen aufgenommen, von seiner Frau ersteigert und dann durch die letztere im Privatkonkurs des Cäsar Stapfer angemeldet, das Pfandrecht aber, das er für die 60,000 Frkn. erworben und der Kreditanstalt abgetreten hatte, ist ungültig erklärt worden. Aus diesen Verhältnissen ergibt sich, daß Stüssi eigentlich weder der Kreditbank noch der Actiengesellschaft etwas geleistet hat und die Sachlage auch von ihm selbst so beurtheilt worden ist, ansonst er nicht die ganzen 120,000 Fr. auf Cäsar Stapfer von seiner Frau hätte erwerben und geltend machen lassen können. Die Annahme, daß die Actiengesellschaft von ihm 60,000 Fr. empfangen habe, würde zu der interessanten Consequenz führen, daß sie diesen Betrag als Einzahlung an das Actienkapital anerkennen, denselben aber der Kreditbank restituiren müßte.

10. Stüssi behauptet, eine Forderung von 16,471 Fr. an die Actiengesellschaft zu haben und will diese mit der schuldigen Einzahlungssumme compensiren. Allein es genügt eine bloße Verweisung auf den Art. 136 des O.-R., um dieser Compensationseinrede das rechtliche Fundament zu entziehen.

11. Es hätte sich fragen können, ob die Kläger als Vertreter der Konkursmaße nicht bloß zur Einziehung der zur Befriedigung sämmtlicher Konkursgläubiger der Actiengesellschaft erforderlichen Summe befugt seien und ob nicht dannzumal eine gleichmäßige Repartition dieser Summe auf sämmtliche Zeichner nach Maßgabe ihrer noch ausstehenden Zeichnungsbeträge unter eventueller antheilsmäßiger Haftung für die Beträge, welche vom einzelnen Zeichner nicht erhältlich sind, gefordert werden könnte. Allein es kann eine Untersuchung dieser Frage füglich unterbleiben, weil die Beklagten einen solchen Standpunkt überhaupt nicht eingenommen und noch weniger gezeigt haben, daß die Befriedigung sämmtlicher Gläubiger der Actiengesellschaft nicht die Einziehung ihrer gesammten Beträge erfordere, weil ferner heute schon außer allem Zweifel steht, daß das, was von den Beklagten effectiv erhältlich sein wird, die Urtheilssummen lange nicht erreicht und kaum je genügen wird, alle Schulden zu decken und weil, wenn sich schließlich nach Tilgung sämmtlicher Schulden gegen alles Erwarten ein Ueberschuß ergeben würde, derselbe natürlich den Beklagten wieder zukommt. (Art. 667 des O.-R.)

12. Daß die Einwendung, es können die Beklagten bloß zur Zahlung von 20 % der gezeichneten Summen angehalten werden, unbegründet ist, bedarf keiner weitern Widerlegung und ebenso unverständlich ist die Behauptung, daß die Einzahlungspflicht nur bis auf die Höhe der klägerischen Forderungen geltend gemacht werden könne. Sie verkennt die Thatsache, daß die Kläger für die Gesellschaft klagen und den Gesammtanspruch derselben aus der Actienzeichnung geltend machen und geltend machen können.

12. Sind hienach sämmtliche Einwendungen der Beklagten zu verwerfen, so folgt daraus die Gutheißung der Klage in vollem Umfange und unter Kostens- und Entschädigungsfolge für die Beklagten.

Haftpflicht aus Eisenbahnbetrieb.

Einrede des Selbstverschuldens. Replik, daß eventuell ein Mitverschulden der Unternehmung vorliege, welches wenigstens zur Annahme einer reduzirten Haftpflicht führen müsse.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 4. Juni 1889,
Schuhmacher, Kläger, gegen Nordostbahn, Beklagte.

Der Kläger, geboren am 18. April 1850, trat am 3. Mai 1886 mit einem Taglohn von 3 Fr. 30 als Wagenwärter auf der Station Rothkreuz in den Dienst der Nordostbahn. Am *7. Oktober 1887* wurde er daselbst von einer Maschine erfaßt, mitten ins Geleise geworfen und überfahren. Die Folge war eine starke Kontusion der linken Rückenparthie vom untern Winkel des Schulternblattes bis zur untersten Rippe mit erheblichem Bluterguß unter der Haut.

Die Schlußäußerung des behandelnden Arztes, Dr. Zürcher in Zug, datirt vom 11. April 1888, ging dahin, Schuhmacher sei geheilt, er werde aber bei Witterungswechsel wahrscheinlich zeitlebens auf der verletzten Brustparthie Schmerzen empfinden und es werde die gleiche Brusthälfte zur Entzündung geneigt sein. Schuhmacher glaubte behaupten zu dürfen, daß seine Arbeitsfähigkeit für die Folge dauernd *um die Hälfte* reduzirt sei und er verlangte deßhalb von der Nordostbahn gestützt auf das Eisenbahnhaftpflichtgesetz Bezahlung einer jährlichen Rente von 300 Fr. oder einer Aversalsumme von 4500 Fr. und da die Beklagte jeden Anspruch bestritt, so kam es zum Prozeß.

Der Kläger hatte um die Zeit des Unfalls (7. Oktober 1887) im Besondern die Obliegenheit gehabt, beim Einfahren von Bahnzügen in der Richtung von Zürich nach Luzern Acht zu geben, welche Wagen nach ihrer äußern Bezeichnung (den Affischen) nicht in jener Richtung weiter zu fahren haben, sondern abgehängt werden müssen.

Diese Funktion war auch zu besorgen bei dem um 8 Uhr 16 Min. auf dem ersten Geleise, vom Stationsgebäude Rothkreuz aus betrachtet, einfahrenden Zürcherzug No. 40. Die allfällig abzuhängenden Wagen wegzuholen, war Aufgabe einer Rangirmaschine, die sich vom Stationsgebäude her gegen Zürich auf dem zweiten Geleise bis zur Weiche 22 (ca. 70 Schritt vom Stationsgebäude weg gegen Zürich befindlich) fortbewegte und dort auf ein mit dem ersten Geleise zusammenhängendes Verbindungsgeleise überzugehen hatte. Von dieser Rangirmaschine nun, die sich bei ihrem Lauf nach der Weiche 22 rückwärts (also mit dem Tender voran bewegt) wurde nun Schuhmacher am 7. Oktober 1887, währenddem er sein Augenmerk auf die Wagen des einfahrenden Zürcherzuges richtete, ungefähr 40 Schritte vom Bahnhofgebäude und 30 Schritte von der Weiche 22 entfernt, erfaßt, in die Mitte des Geleises geworfen und überfahren. Der freie Raum zwischen dem ersten und zweiten Geleise beträgt 12′ und kann ein sich auf demselben bewegender Mann die Affischen an den Wagen eines auf dem ersten Geleise einfahrenden Zuges leicht lesen, ohne daß er sich in gefahrbringender Weise dem zweiten Geleise nähert, welche Thatsache auf Grund der Beaugenscheinigung des Lokals von beiden Instanzen übereinstimmend festgestellt wurde. Wie kommt es nun aber, daß Schuhmacher dennoch von der auf dem zweiten Geleise sich heranbewegenden Rangirmaschine erfaßt und überfahren werden konnte? Er selbst machte darüber ganz verschiedene Darstellungen. Vom Polizeirichter des Kantons Zug das erste Mal einvernommen, deponirte er: „Während ich dem einfahrenden Zürcherzuge No. 40 entgegenging (offenbar zwischen dem ersten und zweiten Geleise) sah ich auf die Affischen der einzelnen Wagen, um zu sehen, welche abgehängt werden sollten. Der Rangirmaschine achtete ich mich nicht, obwohl sie täglich zu diesem Zuge an gleicher Stelle zur Ueberschiebung von Wagen vom ersten auf das zweite Geleise zu erscheinen hat. Ich schaute auch nicht genau, wo ich stand, und bemerkte keine Gefahr bis die Maschine mich am Rücken traf. Ich warf mich zu Boden zwischen beide Schienen, sodaß sie

über mich wegging und ich möglichst gut davon kam." Im Vortrag des klägerischen Vertreters vor erster Instanz ist zu lesen: „Beim Einfahren des Zürcherzuges No. 40 ging er, (der Kläger) *auf das zweite Geleise*, den Standort, den er immer einnahm und einzunehmen hatte. Er *musste* innerhalb des zweiten Geleises stehen, sonst konnte er die Affischen nicht lesen." Beim bezirksgerichtlichen Augenschein persönlich befragt, machte endlich Schuhmacher folgende Darstellung. Er sei auf dem sechsten Geleise (dem entferntesten vom Stationsgebäude weg) beschäftigt gewesen, dann auf das vierte Geleise übergegangen, um bei der Zusammenstellung des Zuges No. 243 behülflich zu sein. Nun sei der Zürcherzug No. 40 eingefahren und er habe sich daher möglichst schnell gegen denselben begeben müssen, was er, in schiefer Richtung gegen Zürich über die Geleise gehend, gethan habe. Die Rangirmaschine, in seinem Rücken befindlich, sei ganz langsam, ohne jedes Geräusch herangefahren und habe ihn, als er auf der ersten Schiene des zweiten Geleises angekommen sei, erfaßt und zwischen die Schienen geworfen. Vom Polizeirichter des Kantons Zug wurden über den Vorfall Zeugen einvernommen. Die erste Instanz stellte auf den Inhalt dieser Einvernahmen ab, die zweite dagegen ordnete auf Verlangen der Parteien die nochmalige Abhörung der gleichen Personen an, ohne indessen dabei ein wesentlich anderes Resultat zu erzielen. Der Weichenwärter Meier, der bei der Weiche 22 stund, deponirte, daß Schuhmacher, sich zwischen dem ersten und zweiten Geleise bewegend, dem Zürcherzug entlang gelaufen und dabei dem zweiten Geleise unwillkürlich immer näher gekommen sei. Vier Mal habe er demselben gerufen: „Obacht". Den letzten Ruf möge derselbe gehört haben, denn er habe sich plötzlich ein wenig gekehrt und sei, wahrscheinlich nicht wissend, woher die Gefahr drohe, ins zweite Geleise gesprungen und sofort von der Rangirmaschine erfaßt worden. Der Manöverist der Rangirmaschine, Aeberli, bezeugte, er habe den Schuhmacher, als die Maschine noch 35—40 Meter von der Weiche 22 entfernt gewesen, zwischen dem ersten und zweiten Geleise in einer Stellung gesehen, die absolut gefahrlos gewesen sei und sich deßhalb nicht weiter um ihn bekümmert, sondern sein Augenmerk theils auf Arbeiter, die *im* zweiten Geleise bei Weiche 22 beschäftigt gewesen, theils auf die den Zürcherzug verlassenden Passagiere gerichtet. Auch der Lokomotivführer der Rangirmaschine (Menzi) erklärt, den Schuhmacher zwischen dem ersten und zweiten Geleise gesehen zu haben, jedoch nur momentan, als die Rangirmaschine noch nicht auf der Höhe des Stationsgebäudes angekommen gewesen sei. Von da an sei es ihm, von seinem Standpunkte aus, weil er mit der Lokomotive rückwärts (Tender voran) gefahren sei, nicht mehr möglich gewesen, den Schuhmacher weiter zu sehen. (Eine Probe, die das Gericht vornahm, bestätigte die letztere Aussage.) Der Stationsvorstand Riedtmann stand beim Einfahren des Zürcherzuges No. 40 in der Höhe des Stationsgebäudes zwischen dem ersten und zweiten Geleise und sah den Schuhmacher weiter vorn (gegen Weiche 22) ebenfalls zwischen diesen beiden Geleisen stehen, sein Augenmerk auf den einfahrenden Zug gerichtet.

Vor dem Polizeirichter in Zug deponirte der Stationsgehülfe Gimmi, die Rangirmaschine sei sonst um die Zeit des Unfalles regelmäßig schon *oberhalb* Weiche 22 gewesen, am 7. Oktober dagegen noch nicht. Dagegen ließ sich der Stationsvorstand wie folgt über diesen Punkt vernehmen. Es sei häufig vorgekommen, daß die Rangirmaschine *erst während der Einfahrt* des Zürcherzuges No. 40 durch das zweite Geleise nach der Weiche 22 gefahren sei. Dieselbe habe nämlich jeweilen vorher auf der Seite gegen Gisikon den Zug No. 174 zusammenstellen müssen und sei natürlich damit bald etwas früher, bald etwas später fertig geworden und so auch bald etwas früher, bald etwas später nach der Weiche 22 gefahren. Eine strikte Vorschrift, wann sie genau bei der letztern sein müsse, sei nicht aufgestellt gewesen und habe unmöglich aufgestellt werden können, wenn auch im Allgemeinen darauf gehalten worden sei, daß sie bei der Einfahrt des Zürcherzuges No. 40 schon bei Weiche 22 bereit

stehe. Schuhmacher sei mit den Verhältnissen genau bekannt gewesen und hätte bei Beibehaltung des Platzes, auf dem er ihn gesehen, niemals überfahren werden können.

Wie aus dem bisher Angeführten bereits ersichtlich sein wird, stellte die Nordostbahn der Schadenersatzklage des Schuhmacher rechtlich die Einrede des Selbstverschuldens gegenüber. Dieser bestritt die Einrede und machte eventuell geltend, daß mit seinem Verschulden auch ein solches der Nordostbahn beziehungsweise ihrer Angestellten concurrire und die Beklagte deßhalb unter allen Umständen zu einer reduzirten Entschädigung angehalten werden müsse. Es sei kein Warnungssignal gegeben worden und es haben der Lokomotivführer und Heizer statt ihr Augenmerk auf das zu befahrende Geleise und dessen Umgebung zu richten, sich in eine Privatunterhaltung vertieft etc.

Die Klage wurde abgewiesen.

Gründe:

1. Der Unfall, den der Kläger am 7. Oktober 1887 erlitten hat und der die Grundlage seiner Schadenersatzklage bildet, stellt sich unzweifelhaft und wie übrigens auch allseitig anerkannt ist, als ein beim Betrieb der beklagtischen Unternehmung eingetretener dar. Daraus aber folgt, daß die Beklagte gemäß Art. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Haftpflicht der Eisenbahnunternehmungen vom 1. Juli 1875 für den entstandenen Schaden einzustehen hat, es wäre denn, daß sie zu beweisen vermöchte, daß hier eine der in jener Bestimmung bezeichneten Voraussetzungen, unter welchen das Gesetz die Haftpflicht der Eisenbahnunternehmung dahinfallen läßt, vorhanden sei.

2. Nun macht die Beklagte in der That geltend, es treffe hier eine jener Voraussetzungen, nämlich Selbstverschulden zu und die erste Instanz ist dieser Anschauung mit Recht beigetreten, weil sich in der That ergibt, daß der Unfall nur dadurch möglich wurde, daß der Kläger seine ganz sichere Stellung auf dem Raum zwischen dem ersten und zweiten Geleise ohne allen Grund, lediglich aus Unvorsichtigkeit verlassen hat und vor der heranfahrenden Rangirmaschine ins zweite Geleise getreten ist.

3. Vorerst hat auch dießseitiges Gericht bei Besichtigung der Stelle, auf welcher der Unfall stattgefunden hat, sich davon überzeugt, daß die Entfernung zwischen dem ersten und zweiten Geleise genügend Raum (12′ breit) gibt, damit Jemand auf demselben sich aufstellen und an Wagen, welche auf jenen Geleisen sich bewegen, Beobachtungen machen kann, ohne der Gefahr, daß er von einem Wagen erfaßt werde, ausgesetzt zu sein.

4. Sodann hat sich die Einwendung des Klägers, der einfahrende Zürcherzug No. 40 habe am 7. Oktober 1887 Verspätung gehabt und er, Kläger, sei dadurch verhindert worden, die ihm obliegende Dienstverrichtung mit der wünschbaren Ruhe zu besorgen, als unrichtig herausgestellt; denn nach dem von der Beklagten beigebrachten Stundenpaß ist jener Zug genau zu der Zeit, zu welcher er laut Fahrtenplan auf der Station Rothkreuz eintreffen sollte (nämlich Vormittags 8 Uhr 16 Min.), auch eingetroffen.

5. Endlich kann nunmehr mit voller Gewißheit als erwiesen angesehen werden, daß der Kläger, bevor er von der Rangirmaschine erfaßt wurde, auf dem 12′ breiten Zwischenraum zwischen dem ersten und zweiten Geleise sich befunden hat und dem einfahrenden Zürcherzug entgegengegangen, nachher dann aber in das zweite Geleise getreten ist und daß keineswegs, wie Kläger gegenwärtig den Sachverhalt schildern läßt, die Rangirmaschine ihn erfaßt hat, als er in rascher Gangart von einem entfernten Geleise kommend, woselbst er beim Aufstellen eines Eisenbahnzuges beschäftigt gewesen war, auf seinen Standort beim ersten Geleise hinübereilte und dabei das zweite Geleise überschritt.

6. Daß die Sache in der erstbezeichneten Art und Weise sich zugetragen hat, ergibt sich aus den Aussagen der Zeugen Menzi, Aeberli, Meier und Riedtmann, welche zur Zeit des Unfalls in der Nähe waren, Menzi und Aeberli auf der Rangirmaschine, Meier bei der nur 15—20 Meter entfernten Weiche 22 und Riedtmann zwischen dem ersten und zweiten Geleise in der Höhe des Stationsge-

bäudes und welche bei ihrer Einvernahme durch dießseitiges Gericht übereinstimmend angegeben haben, sie haben den Kläger vor dem Eintritt des Unfalles auf dem Raum zwischen dem ersten und zweiten Geleise gehen sehen. Unterstützend fällt auch noch in Betracht, daß der Kläger selbst nicht nur bei seiner ersten Einvernahme vor dem Polizeirichter des Kantons Zug angegeben hat, er sei dem Zug No. 40 entgegen (was wohl heißen will, demselben entlang) gegangen und habe auf die Affischen der abzuhängenden Wagen gesehen, sondern auch noch vor erster Instanz hat vortragen lassen, er sei auf dem zweiten Geleise gegangen, dem Standort, welchen er regelmäßig einzunehmen gehabt und auch eingenommen habe.

7. Dafür, daß der Kläger durch besondere Hindernisse, z. B. Post- oder Gepäckwagen, die auf dem Raum zwischen dem ersten und zweiten Geleise aufgestellt waren, genöthigt worden sei, seine sichere Stellung zu verlassen und das zweite Geleise zu betreten, liegt nichts vor. Der Zeuge Meier hat sogar ausdrücklich das Gegentheil bezeugt, daß nämlich der Kläger, dem ankommenden Zug No. 40 entgegenschreitend, immer mehr, also offenbar aus freien Stücken sich dem zweiten Geleise genähert habe.

8. Zur Abwehr des Vorwurfes des Selbstverschuldens kann auch mit Grund nicht darauf verwiesen werden, daß der Stationsgehülfe Gimmi in der Polizeiuntersuchung gesagt hat, regelmäßig habe sonst zur Zeit der Ankunft des Zürcher-Zuges No. 40 die Rangirmaschine schon bei der Weiche 22, im obern Theil der Station gestanden, am Tage des Unfalls aber sei sie noch unterhalb gewesen. Abgesehen davon, daß auch Eisenbahnangestellten zugemuthet werden darf, Geleise nur unter Beobachtung gehöriger Vorsicht zu betreten und namentlich vorher sich umzusehen, ob dieselben frei seien (Entscheidungen des Bundesgerichtes Bd. VII Seite 281) und daß ferner durch Reglement vom 15. November 1884 den Angestellten der beklagtischen Unternehmung zur Pflicht gemacht ist, Geleise nur zu betreten, wenn dienstliche Verrichtungen es nöthig machen und ohne diese Voraussetzung sich ausschließlich auf dem freien Raum zwischen zwei Geleisen zu bewegen, geht aus den Aussagen des Zeugen Riedtmann, welche offenbar auf genauer Kenntniß der hier in Betracht fallenden Verhältnisse beruhen, hervor, daß die Rangirmaschine nicht regelmäßig jeden Tag ganz zu gleicher Zeit bei der Weiche 22 angelangt ist, sondern ihr Eintreffen davon abhängig ist, wie rasch auf einem nebenanliegenden dritten Geleise ein nach Zürich abgehender Bahnzug hat aufgestellt werden können, daß also der Kläger bei der Ankunft des Zürcher-Zuges nicht als ganz sicher hat annehmen können, die Rangirmaschine stehe schon bei Weiche 22 und es sei mit dem Betreten des zweiten Geleises keine Gefahr verbunden, vielmehr derselbe dringende Veranlaßung gehabt hat, wenn er etwa, um die Affischen auf den Wagen besser lesen zu können, es für nöthig hielt, das zweite Geleise zu betreten, vorher sich zu vergewissern, ob die Rangirmaschine schon bei der Weiche 22 angelangt sei, was um so leichter geschehen konnte, als diese nur 15—20 Meter entfernt war und volle Tageshelle herrschte.

9. Nach dem Gesagten ist die Frage, ob Kläger am 7. Oktober 1887 es an der nöthigen Vorsicht habe fehlen lassen und in dieser Weise den Unfall selbst verschuldet habe, wie bereits angedeutet, unbedenklich zu bejahen (Eger, Reichshaftpflichtgesetz, Seite 148).

10. Eventuell hat sich der Kläger noch darauf berufen, daß die Beklagte ein Mitverschulden treffe und es fällt bei Würdigung dieser Einwendung in Betracht, daß bekanntlich die Rechtssprechung des Bundesgerichtes nicht von der strengern Auffassung ausgeht, wonach das Mitverschulden der Eisenbahnunternehmungen nur dann als erheblich anzusehen ist, wenn dadurch der Causalzusammenhang zwischen dem schuldhaften Benehmen des Geschädigten und der Verletzung aufgehoben wird, sondern das Bundesgericht Entschädigungsansprüche des Geschädigten wenigstens in ermäßigtem Betrag auch dann gutheißt, wenn jener Causalzusammenhang besteht, daneben aber auch ein Mitverschulden der Eisenbahnunternehmung. (Entscheidungen des Bundesgerichtes Bd. VI S. 457,

Bd. X S. 121, Bd. XIII S. 54 und Bd. XIV Seite 283).

11. Die Akten bieten indeß keine genügenden Anhaltspunkte, um im vorliegenden Falle ein Mitverschulden der Beklagten oder ihrer Angestellten als nachgewiesen zu betrachten.

Der Kläger glaubt, es habe ein solches Mitverschulden darin gelegen, daß die Mannschaft der Rangirmaschine versäumt habe, ihn durch ein Signal auf die drohende Gefahr aufmerksam zu machen, allein der Vorwurf fällt durch die Betrachtung dahin, daß laut Aussagen der Zeugen der Kläger erst ins zweite Geleise getreten ist, als die rückwärts fahrende Maschine sammt Tender schon in seiner Nähe angelangt war und die auf derselben befindlichen Personen, deren Aufmerksamkeit zudem noch theils durch die aus dem Zürcher-Zug aussteigenden Passagiere, theils durch die Arbeiter bei der Weiche 22 in Anspruch genommen war, ihn nicht mehr sehen konnten. Der vom Kläger angetragene Zeugenbeweis dafür, daß die angeführte Versäumniß dadurch herbeigeführt worden sei, daß der Lokomotivführer Menzi und der Heizer Zeindler, statt auf den Dienst zu achten und das zu befahrende zweite Geleise zu überschauen, auch zur Zeit des in Frage stehenden Unfalles wie gewöhnlich sich mit einander unterhalten haben, ist gänzlich mißlungen, kein Zeuge ist in der Lage gewesen, den Beweissatz erhärtende Wahrnehmungen zu bezeugen.

12. Wenn endlich der Kläger zum Beweise des behaupteten Mitverschuldens darauf abstellt, daß nach dem Reglement über Rangirdienst die Rangirmaschinen in der Zeit von 5 Minuten vor der Einfahrt bis 5 Minuten nach der Abfahrt eines Zuges, soweit der Dienst keine Ausnahme erfordere, unbeweglich stehen sollen, so beruht dieß Vorbringen auf einer unrichtigen Auffassung der angeführten Vorschrift, Art. 18 des Reglementes. Diese bestimmt nach ihrem klaren Wortlaut lediglich, daß auf den Geleisen, *auf welchen ein Bahnzug an oder abfahren soll,* 5 Minuten vor der fahrplanmäßigen Ankunfts- oder Abfahrtszeit des Zuges nicht mehr rangirt werden darf, sondern das betreffende Geleise frei zu halten ist, aber keineswegs, daß auch auf allen andern Geleisen einer Station keine Rangirmaschine sich bewegen dürfe.

Die Klage ist daher abzuweisen.

Die schriftliche Vertragsform für Veräusserung von Grundeigenthum.

Die Vereinbarung über reale Theilung eines Flurweges als Veräusserung von Grundeigenthum.

Kassationsgericht Zürich, 13. Mai 1889.

Zwischen zwei langgestreckten Grundstücken zieht sich ein Flurweg durch, der nur diesen beiden Grundstücken dient. In der Mitte dieses Flurweges errichtete der eine Grundeigenthümer der Länge nach einen Zaun und setzte der auf Beseitigung dieses Zaunes gerichteten Klage des andern Grundeigenthümers die Einrede entgegen, der Kläger habe sich mündlich mit der Theilung des Weges entsprechend der Linie, auf welche der Zaun errichtet worden sei, einverstanden erklärt.

Diese Einrede wurde aber von beiden Instanzen als unerheblich erklärt, das auf dieselbe gerichtete Beweisanerbieten des Beklagten zurückgewiesen und die Klage gutgeheißen, jedoch aus verschiedenen Gründen. Die erste Instanz nahm an, daß eine Vereinbarung, wie sie der Beklagte geltend mache, zu ihrer Gültigkeit gemäß § 912 des alten P. G.-B. (neu 414) der schriftlichen Form bedürfe. Die zweite Instanz erklärte diese Begründung als nicht zutreffend, da es sich nicht um Aufhebung von Miteigenthum handle, die als eine Uebertragung von Grundeigenthum an eine dritte, vom bisherigen Grundeigenthümer verschiedene Person anzusehen wäre; denn die Flurwege befinden sich nur für den speziellen Zweck der Benutzung *als Wege* im Miteigenthum der Berechtigten; im Grunde genommen bleiben die Anstößer Eigenthümer derselben.

Sie begründete aber die Gutheißung der

Klage damit, daß die Aufhebung eines Flurweges erst wirksam werde, wenn ein entsprechender Eintrag im Flurbuche vorgenommen worden sei und daß erst mit Erfüllung dieses Requisites die Betreffenden die Berechtigung zur Beseitigung des Flurweges erlangen.

Der Beklagte griff dieses Urtheil mit der Nichtigkeitsbeschwerde an, indem er geltend machte: Aus der Vereinbarung über die Aufhebung des Flurweges habe er das Recht erlangt, die Löschung im Flurprotokoll zu verlangen. Der Kassationsbeklagte sei nicht berechtigt gewesen, eine mit der Vereinbarung im Widerspruch stehende Klage zu erheben und der Beweis für die behauptete Vereinbarung hätte daher abgenommen werden sollen. In der Nichtabnahme desselben liege der Kassationsgrund der Verweigerung des rechtlichen Gehörs.

Die Nichtigkeitsbeschwerde wurde indeß abgewiesen.

Gründe:

1. Von einer Verweigerung des rechtlichen Gehörs kann keine Rede sein; denn der Beweis darf nach § 340 des Rechtspflegegesetzes nur über *erhebliche* streitige Thatsachen abgenommen werden. Und wenn das Gericht gestützt auf eine Interpretation eines Gesetzes eine Thatsache für unerheblich erklärt, so kann es sich für die Frage der Kassation nur darum handeln, ob allenfalls die betreffende Interpretation als in offenbarem Widerspruch mit einer klaren gesetzlichen Bestimmung stehend bezeichnet werden müsse.

2. Es muß nun allerdings als zweifelhaft bezeichnet werden, ob ein Eintrag im Flurbuche nicht bloß zur *dinglich* wirkenden Aufhebung eines Flurweges, sondern auch schon zur vertraglich wirksamen Vereinbarung über die Aufhebung nothwendig sei. Allein es handelt sich nicht bloß darum, sondern der Kassationskläger behauptet noch weiter, eine positive Vereinbarung im Sinne einer bestimmten realen Theilung.

In dieser Hinsicht ist das angefochtene Urtheil unrichtig. Ein solches Miteigenthum, das nur theilweise Miteigenthum ist, kann es nicht geben. Nach § 31 des Flurgesetzes sind die Flurwege Miteigenthum der Berechtigten. Damit stimmen die §§ 117 Zif. 2 und 191 Zif. 2 des neuen privatrechtlichen Gesetzbuches und das Verzeichniß der am 1. Januar 1883 noch gültigen und der ganz oder theilweise aufgehobenen Bestimmungen des privatrechtlichen Gesetzbuches zu § 532 überein.

Und da unbestreitbar die reale Theilung von Miteigenthum eine Veräußerung von Grundeigenthum ist, so konnte eine darauf gerichtete Vereinbarung gültig nur in schriftlicher Form zu Stande kommen. Das angefochtene Urtheil ist daher aus diesem Grunde zu bestätigen.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. August 1889. VIII. Band. № 15.

Schweizer Blätter für

Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter“ erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die „Amerikanische Schweizer-Zeitung“, 18 Ann Str., New-York.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Schweizerisches Bundesgericht.

8. Juni 1889.

Erben Fiertz gegen Lebensversicherungsbank Stuttgart.

Lebensversicherung.

Klage der Präsumtiverben der Versicherten auf Feststellung der von der Versicherungsgesellschaft bestrittenen Zahlungspflicht.

Oertliche Rechtsanwendung. Kommt ausländisches odes schweizerisches Recht zur Anwendung? Die Bedeutung des Vorbehalts des kantonalen Rechts im Versicherungsrecht (Art. 896 des O.-R.).

Streit über die Legitimation der Präsumtiverben zur Klage.

Was gilt als Vertragsrecht, Statuten oder Prospekt-Inhalt?

Auch der unbedingte vertragliche Ausschluß der Zahlungspflicht im Falle des Selbstmordes ist durchaus zulässig und gültig. Zum Begriffe des Selbstmordes überhaupt.

Die Anwendbarkarkeit der Vertragsbestimmung, daß die Versicherungssumme trotz Selbstentleibung bezahlt werde, wenn letztere die Folge einer Geistesstörung sei, setzt voraus, daß die Geistesstörung die ausschließliche oder doch überwiegende Ursache der Selbstentleibung sei und genügt es also nicht, wenn dieselbe nur als mitwirkender Umstand neben andern, hauptsächlich bestimmenden Ursachen erscheint.

Im Mai 1887 schloß Frau Dr. Wilhelmine Fiertz geb. Nägeli in Riesbach mit der Lebensversicherungs- und Ersparnißbank in Stuttgart (letztere vertreten durch ihre zürcherische Agentur) 4 Lebensversicherungsverträge (Policen 70,421 bis 70,424) über eine Summe von zusammen 30,000 Fr. ab. Als berechtigt zum Bezuge der Versicherungssumme nach dem Tode der Versicherten ist in den Policen „der Inhaber dieser Police“ genannt, wobei nach der in den Policen abgedruckten Bestimmung des § 47 der Statuten der Versicherungsgesellschaft die Bankdirektion das Recht, nicht aber die Pflicht hat, die Legitimation des Inhabers der Police zu prüfen. Mit Bezug auf den Fall der Selbstentleibung bestimmt der in den Policen abgedruckte § 45 der Statuten: „Im Falle der Selbstentleibung oder wenn der Versicherte an den Folgen einer versuchten Selbstentleibung stirbt, steht den Betheiligten, *mag die That in zurechnungsfähigem oder nicht zurech-*

nungsfähigem Zustande erfolgt sein, kein rechtlicher Anspruch auf die Versicherungssumme zu; die Bank gibt aber als Abfertigung die geleisteten Prämien abzüglich der auf die Police entfallenden Dividenden, insoweit diese Einzahlungen nicht mehr als die versicherte Summe betragen, an die Interessenten zurück. Nur wenn auf die Versicherung noch nicht drei Jahresprämien bezahlt sind, wird 1 % der Versicherungssumme als Kostenersatz in Abzug gebracht. Wenn jedoch *nach dem Ermessen der Direktion* die That in Folge Geistesstörung oder schwerer körperlicher Krankheit verübt wurde, so wird die ganze Versicherungssumme ausbezahlt werden. Gegen den ablehnenden Bescheid der Direktion steht den Betheiligten die Anrufung des Verwaltungsrathes zu, welcher endgültig darüber zu beschließen hat."

In dem von der Gesellschaft, insbesondere auch im Jahre 1887 ausgegebenen Prospekte lautet dagegen die auf Selbstentleibung bezügliche Stelle so: „Auch im Falle des Selbstmordes wird die volle Versicherungssumme ausbezahlt, wenn solcher in Folge von Geistesstörung oder schweren körperlichen Leiden verübt wurde; unter allen Umständen aber werden beim Selbstmord die geleisteten Einlagen, und wenn die Versicherung gegen einmalige Zahlung abgeschlossen war, das Deckungskapital, sofern solches höher als die Einlage ist, zurückvergütet." Diese Fassung des Prospektes ist von dem zürcherischen Agenten der Beklagten auch in die gedruckten Formulare aufgenommen worden, mit denen er die Versicherten an Zahlung der verfallenen Prämie mahnt und sie zugleich ersucht, seiner Gesellschaft weitere Mitglieder zuzuführen. Frau Fiertz behielt die Policen nicht in Händen, sondern übergab dieselben, theils zum Pfand, theils zahlungshalber verschiedenen Gläubigern. Dieselbe hatte schon seit längerer Zeit hinter dem Rücken ihrer Kinder an der Börse in Actien u. s. w. spekulirt und dabei Verluste erlitten; zur Deckung ihrer Verbindlichkeiten versetzte sie Werthschriften, die sie bei Verwandten und Bekannten unter dem Versprechen baldiger Rückgabe entlehnt hatte. Dadurch gerieth sie immer mehr in Schulden und Verlegenheiten. Am 8., 11., 12. und 13. Mai 1888 wurde sie auf Rückgabe eines 36,500 Frkn. haltenden Kaufschuldbriefes bestürmt, den sie unter dem Versprechen baldiger Rückgabe von einer Base geborgt und gegen ein Darlehen von 16,500 Fr. versetzt hatte. Der Faustpfandgläubiger weigerte sich aber, den Brief aushinzugeben. Frau Fiertz bestellte deßwegen der Base theilweise Deckung (durch Abtretung von Actien u. s. w., aber auch durch Uebergabe einer vom betreffenden Gläubiger nur für einige Zeit ihr herausgegebenen Lebensversicherungspolice) und gab das schriftliche Versprechen, den Brief bis zum 1. August zurückzugeben. Immerhin wurde ihr noch am 15. Mai 1888 Vormittags von einem Vertreter der Briefeigenthümerin, der, wie ein anderer Gläubiger mit gerichtlichen Schritten gedroht hatte, weitere Deckung abverlangt. Als die Kinder der Wittwe Fiertz von den schwindelhaften Geschäften der Mutter Kenntniß erhielten, ersuchten sie den Professor Dr. Forel um ein Gutachten über den Geisteszustand derselben und stellten, nachdem Dr. Forel am 13. Mai 1888 die Verhängung einer Vormundschaft als dringend nothwendig erklärt hatte, den Antrag auf deren Bevogtigung. Hiezu kam es indeß nicht. Denn am 15. Mai 1888 machte Wittwe Fiertz, nachdem sie noch am Morgen dieses Tages verschiedene, theilweise verworrene Briefe geschrieben, einen mit dem Versprechen der Rückgabe erhaltenen Schuldbrief in ihrem Bett verborgen hatte u. s. w., ihrem Leben durch Ertränken, — sie sprang bei Zollikon in den Zürchersee, — ein Ende. Das Gutachten des Dr. Forel, welches dieser am 15. Mai, noch ohne Kenntniß von dem Tode der Frau Fiertz, erstattete, gelangte zu dem Schluß: „daß Frau Fierz dauernd an einem erheblichen Grad geistiger Schwäche und Verworrenheit leidet, durch welchen sie außer Stande gesetzt wird, ihre Vermögensangelegenheiten selbständig zu besorgen."

Nach dem Tode der Frau Fiertz erklärte Dr. Forel, von der Notariatskanzlei Zürich um ein Zeugniß zu Handen der Versicherungsgesellschaft angegangen, am 12. Juni 1888, daß er, so wie die Krankheit der Frau Fiertz gelegen habe, nicht anstehe, ihren

Selbstmord als eine Folge ihrer geistigen Zerrüttung zu erklären. Sie sei in Folge ihres verwirrten Geisteszustandes und der durch denselben bedingten unsinnigen Handlungen in beständiger ängstlicher Unruhe gewesen, wodurch der Selbstmord erklärt werde. Die Versicherungsgesellschaft bestritt indessen die Pflicht zur Zahlung der Versicherungssumme und die Präsumtiverben der Frau Fiertz (ihre 3 Kinder) erwirkten in Folge dessen, sowie mit Rücksicht auf den sonstigen Stand des Nachlasses einen Gerichtsbeschluß, wodurch ihnen die Frist zur Erklärung über Antritt oder Ausschlagung der Erbschaft bis nach Erledigung des gegen die Lebensversicherungsgesellschaft zu führenden Prozesses sowie einiger anderer Rechtsstreitigkeiten erstreckt wurde. Mit den meisten Gläubigern, insbesondere mit denjenigen, welche die Versicherungspolicen zu Pfand oder Eigenthum ansprachen, schlossen die Präsumtiverben ein bedingtes Akkomodement ab, wodurch die Gläubiger für den Fall, daß die volle Versicherungssumme von 30,000 Fr. erhältlich sei und daraufhin die Kinder Fiertz die Erbschaft antreten sollten, sich damit einverstanden erklärten, daß diese Erben die Versicherungssumme beziehen und auf einen Theil ihrer Ansprüche verzichteten.

Nach diesen Abmachungen erhoben sodann die Präsumtiverben der Frau Fiertz gegen die Versicherungsgesellschaft Klage über die Streitfrage, ob letztere nicht verpflichtet sei, die Gesammtversicherungssumme von 30,000 Franken *an die legitimirten Policeninhaber*, speziell, für den Fall des Nachlaßantrittes, an sie, die Kläger, als Intestaterben zu bezahlen.

Die Beklagte bestritt den Klägern zunächst die Activlegitimation, weil der Anspruch auf die Versicherungssumme den Erben der verstorbenen Versicherten nicht „als Universalsuccessoren“ zustehe, sondern nur „als Singularsuccessoren“, sofern sie nämlich berechtigte Inhaber der Policen seien, was hier nicht zutreffe, weil die Policen an dritte Personen abgetreten worden seien. Nur die letzteren können klagend auftreten. Die Bestreitung der Schuldpflicht an sich wurde unter Berufung auf den § 45 der Statuten darauf gestützt, daß ein Selbstmord der Versicherten vorliege, welcher die Rechtspflicht der Gesellschaft zur Zahlung der Versicherungssumme ausschließe.

Die Kläger dagegen machten geltend, daß der § 45 der Statuten hier nicht zur Anwendung komme, sondern nur der Inhalt des Prospektes vom Januar 1887, auf welchen hin die Versicherung abgeschlossen worden sei, als lex contractus gelten könne, daß aber nach diesem der Selbstmord die Zahlungspflicht dann nicht aufhebe, wenn er die Folge von Geistesstörung oder schwerer körperlicher Leiden sei, und daß hier der erstere dieser beiden Fälle vorliege. Denn es sei durch das Zeugniß des Prof. Forel bewiesen, das Frau Fierz nur in Folge Geisteskrankheit in den Tod gegangen sei.

Bezirks- und Obergericht wiesen die Klage ab, daß letztere davon ausgehend:

a. daß die Activlegitimation der Kläger zwar hergestellt sei, weil die Klage nur die Feststellung bezwecke, ob die Versicherungssumme in den Nachlaß Fiertz einbezahlt werden müsse oder nicht, ohne alle Rücksicht darauf, ob dann die Erben oder Faustpfandgläubiger auf dieselbe greifen dürfen, die Kläger aber nach § 948 des P, R. G. B. als Präsumtiverben befugt seien, Prozeß darüber zu führen, ob gewisse Vermögensbestandtheile zum Nachlaß gehören oder nicht; — und
b. daß obgleich für die Haftpflicht der Beklagten der Prospekt und nicht der § 45 der Statuten maßgebend sei und somit der Selbstmord, der sich als Folge einer Geistesstörung darstelle, die Verpflichtung zur Zahlung der Versicherungssumme nicht ausschliesse, die Klage dennoch und zwar deßwegen verworfen werden müsse, weil die Geistesstörung der Frau Fiertz nicht die ausschließliche oder auch nur überwiegende Ursache der Selbstentleibung sei, sondern bloß als mitwirkender Umstand neben andern, hauptsächlich bestimmenden Ursachen erscheine, also der Kausalzusammenhang zwischen der Geistesstörung und der Selbstentleibung fehle, sodaß die letztere

als eine *nicht* auf Geistesstörung zurückzuführende betrachtet werden müsse, in welchem Falle auch der Prospekt die Zahlungspflicht der Gesellschaft ausschliesse (siehe das zweitinstanzliche Urtheil in H. E. Bd. VIII S. 69 u. f.)

Gegen das zweitinstanzliche Urtheil ergriffen die Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht, gleichzeitig aber auch (wegen aktenwidriger Annahmen und Verweigerung des rechtlichen Gehörs) die Nichtigkeitsbeschwerde an das kantonale Kassationsgericht. Das Bundesgericht sistirte den Prozeß bis nach Entscheidung des kantonalen Kassationsgerichtes. Diese erfolgte am 13. Mai 1889 im Sinne der Verwerfung der Nichtigkeitsbeschwerde. *Ebenso verwarf dann aber auch das Bundesgericht den an diese Instanz erklärten Weiterzug.*

Gründe:

1. Der Anwalt der Beklagten hat heute die Weiterziehung der Kläger als unzulässig in dem Sinne beanstandet, weil dieselbe sich gegen das Urtheil der zürcherischen Appellationskammer richte, während nicht dieses, sondern vielmehr die Entscheidung des Kassationsgerichtes vom 13. Mai 1889 das letztinstanzliche kantonale Haupturtheil sei. Dieser Einwand geht indessen vollständig fehl. Denn die erwähnte Entscheidung des kantonalen Kassationsgerichtes enthält kein Urtheil in der Sache selbst d. h. über den eingeklagten Anspruch, sondern entscheidet nur über das Vorhandensein von Nichtigkeitsgründen; sie ist also nach feststehender bundesrechtlicher Praxis kein Haupturtheil im Sinne des Art. 29 des O.-G.; letztinstanzliches kantonales Haupturtheil ist vielmehr das angefochtene Urtheil der Appellationskammer (vergl. Entscheidung des Bundesgerichtes in Sachen Rust ca. Staub vom 16. November 1888).

2. Rücksichtlich der Kompetenz des Bundesgerichtes ist nicht bestritten, daß auf das streitige Rechtsverhältniß schweizerisches und nicht etwa ausländisches, d. h. das am Sitze der beklagten Gesellschaft geltende deutsche (württembergische) Recht anwendbar sei. Es entspricht dieß wohl auch dem Sinn und Geist des Art. 2 Zif. 3 und 4 des Bundesgesetzes betreffend Beaufsichtigung von Privatunternehmungen im Gebiete des Versicherungswesens vom 25. Juni 1885. Denn wenn auch dort allerdings zunächst nur vom Gerichtsstande die Rede ist, so wird doch angenommen werden müssen, das Gesetz wolle die Versicherungsgesellschaften verpflichten, sich für die in der Schweiz mit schweizerischen Versicherten abgeschlossenen Verträge auch dem schweizerischen materiellen Rechte zu unterwerfen. Danach hängt die Entscheidung über die Kompetenz des Bundesgerichtes davon ab, ob eidgenössisches oder aber kantonales Recht anwendbar ist. Nach Art. 896 des O.-R. bleiben bis zum Erlasse eines eidgenössischen Gesetzes die über den Versicherungsvertrag allfällig bestehenden *besondern* Bestimmungen des kantonalen Rechtes in Kraft; soweit dagegen derartige besondere kantonalgesetzliche Vorschriften nicht bestehen, beurtheilen sich, wie das Bundesgericht bereits häufig ausgesprochen hat, auch die Versicherungsverträge nach den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts. Das zürcherische Recht enthält nun wirklich besondere Bestimmungen über den Versicherungsvertrag (§ 496—532 der gegenwärtigen = § 1704—1740 der ursprünglichen Redaktion des privatrechtlichen Gesetzbuches). Soweit diese Bestimmungen zur Anwendung kommen, ist das Bundesgericht somit nach Art. 29 des O. G. nicht competent, in Betreff derjenigen Punkte dagegen, welche durch die kantonalrechtlichen Bestimmungen nicht normirt, sondern der Entscheidung durch Doctrin und Praxis überlassen sind, gelten die allgemeinen Grundsätze des eidgenössischen Obligationenrechts und ist daher das Bundesgericht kompetent. Ueber diejenigen versicherungsrechtlichen Fragen nun, welche im vorliegenden Falle von den kantonalen Behörden entschieden worden sind, enthält das kantonale Gesetz keine besonderen Bestimmungen, wie denn auch keine solchen vor den kantonalen Gerichten angerufen worden sind. Das Bundesgericht ist daher zur Ueberprüfung der kantonalen Entscheidung befugt.

3. Die Activlegitimation ist von der Beklagten deßhalb bestritten worden, weil der

Anspruch auf die Versicherungssumme den Erben des verstorbenen Versicherten nicht als „Universalsuccessoren" zustehe, sondern nur als „Singularsuccessoren", sofern sie nämlich berechtigte Inhaber der Versicherungspolicen seien, was hier nicht zutreffe. Es steht nun aber doch völlig fest, daß in concreto das Recht auf den Bezug der Versicherungssumme für den Fall des Erbschaftsantrittes niemand anders als den Klägern zustehen kann. Diese, welche übrigens einzig in ihrer Eigenschaft als Erben auf die Versicherungssumme Anspruch erheben, sind sowohl die berufenen Erben als die nächsten Hinterlassenen der Versicherten und es haben diejenigen Gläubiger, zu deren Gunsten die Versicherte bei Lebzeiten über die Policen verfügte, den Klägern für den Fall des Erbschaftsantrittes die Herausgabe der Policen zum Zwecke der Erhebung der Versicherungssummen versprochen. Die Kläger sind also zur Sache legitimirt. Allerdings sind sie noch nicht wirkliche Erben geworden. Allein sie haben ja auch nicht einen Anspruch auf unbedingte Auszahlung der Versicherungssummen, sondern nur eine Feststellungs- oder bedingte Leistungsklage erhoben. Ob eine derartige Klage zur Feststellung des Bestandes von Nachlaßactiven den (berufenen) Erben bereits vor dem Erbschaftsantritte zustehe, ist ausschließlich nach kantonalem Rechte zu beurtheilen und entzieht sich daher der Nachprüfung des Bundesgerichtes. Es kann also im vorliegenden Fall die Frage, inwiefern die Versicherungssumme zum Nachlasse der Versicherten gehöre, gänzlich auf sich beruhen bleiben und braucht auch nicht weiter untersucht zu werden, wie es sich mit der Gültigkeit der von der Versicherten ausgehenden Verfügungen über die Policen verhalte.

4. In der Hauptsache nimmt die Vorinstanz an, die Haftung der Beklagten richte sich nicht nach den Bestimmungen des (in den Policen aufgenommenen) § 45 der Statuten, sondern nach den davon abweichenden Versicherungen des „Prospektes", während dagegen die erste Instanz ihre Entscheidung im Gegentheil auf den § 45 der Statuten stützt. Wenn die zweite Instanz ihre Ansicht damit begründet, der Prospekt enthalte das Vertragsoffert, durch dessen Annahme der Versicherungsvertrag abgeschlossen worden sei, so ist jedenfalls diese Begründung eine rechtsirrthümliche. Der Prospekt, welcher erkenntlich an eine unbestimmte Mehrzahl von Personen gerichtet ist, enthält kein Vertragsoffert, sondern eine öffentliche Anpreisung, verbunden mit der Einladung an das Publikum, der Versicherungsgesellschaft seinerseits Versicherungsanträge einzureichen. Das Vertragsoffert lag erst in dem Versicherungsantrage der Frau Fiertz und der Versicherungsvertrag wurde durch die Annahme dieses Antrages seitens der Versicherungsgesellschaft (vermittelst Aushändigung der Policen) abgeschlossen, wofür nebenbei auch noch darauf hingewiesen werden mag, daß das, insofern zweifellos maßgebende, zürcherische Gesetz (§ 497) für den Versicherungsvertrag die schriftliche Form verlangt. Dagegen kann sich fragen, ob nicht die Beklagte den Inhalt des Prospektes als lex contractus deßhalb wider sich müsse gelten lassen, weil nach der von der Vorinstanz offenbar unterstellten Mittheilung des Prospektes an die Frau Fiertz diese habe annehmen dürfen und müssen, dem § 45 der Statuten werde von der Versicherungsgesellschaft nicht die aus seiner Wortfassung an sich hervorgehende Bedeutung beigemessen, sondern es werde derselbe vielmehr im Sinne des Prospektes dahin ausgelegt, daß bei Selbstentleibung *infolge Geisteskrankheit* die Gesellschaftsbehörden die nach § 45 Abs. 2 der Statuten in Aussicht gestellte Auszahlung der Versicherungssumme von *Rechtswegen* zu bewilligen haben. Einer Entscheidung dieser Frage bedarf es indessen für den vorliegenden Fall nicht, da, mag man die Statuten nach ihrem Wortsinne oder den Prospekt der Entscheidung zu Grunde legen, die Klage stets abgewiesen werden muß. Ausgesprochen werden mag indessen immerhin, daß es allerdings, wie auch die zweite Instanz bemerkt, sehr auffallend ist, wenn eine Versicherungsgesellschaft in den von ihren Agenten verbreiteten, insbesondere den Versicherungsbewerbern mitgetheilten Prospekten, Mittheilungen über die Bedingungen des Ver-

sicherungsvertrages aufnimmt, welche mit dem Inhalt der Statuten und Policen nicht übereinstimmen und daher, sofern die Versicherungsgesellschaft sich nicht wirklich danach zu verhalten gedenkt, geeignet sind, Täuschungen und Mißverständnisse zu pflanzen.

5. Geht man von der Wortbedeutung des § 45 der Statuten aus, so kann kein Zweifel darüber obwalten, daß ein Rechtsanspruch auf die Versicherungssumme im vorliegenden Falle nicht besteht. § 45 Abs. 1 der Statuten schließt den Rechtsanspruch auf die Versicherungssumme im Falle der Selbstentleibung stets aus, mag die Selbstentleibung in zurechnungs- oder unzurechnungsfähigem Zustande verübt sein; als Abfertigung wird indeß die Rückerstattung der Prämien gewährt. Diese Bestimmung ist durchaus zulässig und gültig. Es steht in Ermangelung eines entgegenstehenden, die Vertragsfreiheit beschränkenden, positiven Gesetzes den Versicherungsgesellschaften frei, im Versicherungsvertrage zu vereinbaren, daß sie die Gefahr vorzeitigen, durch Selbstentleibung herbeigeführten Absterbens in keinem Falle, also auch dann nicht übernehmen, wenn die Selbstentleibung in unzurechnungsfähigem Zustande verübt werde. Unsittlich oder rechtswidrig und daher nach Art. 17 des O.-R. ungültig ist eine derartige Vereinbarung gewiß nicht, zumal dann nicht, wenn, wie im vorliegenden Falle, die Rückzahlung der bezahlten Prämien gewährt wird. Dieß ist denn auch, soweit ersichtlich, in Doctrin und Praxis des Versicherungsrechtes grundsätzlich allgemein anerkannt, wenn auch de lege ferenda die Meinungen darüber auseinandergehen, ob nicht die Vertragsfreiheit der Gesellschaften in dieser Richtung gesetzgeberisch beschränkt werden sollte (siehe einerseits Fick in Goldschmieds Zeitschrift für Handelsrecht XX S. 1 u. ff., insbesondere Seite 45; Vivante, Il contratto di assicurazione III., Seite 209, Nro. 154; anderseits Goldschmied in seiner Zeitschrift Bd. XXIII, Seite 183 u. fol., Bd. XXV, S. 278 u. f.; König in Zeitschrift für schweizerisches Recht, N. F. Bd. 4, S. 429 u. f.), wie dieß bekanntlich in dem, in seinen versicherungsrechtlichen Bestimmungen aber eben nicht zum Gesetze gewordenen Entwurfe des Schweiz. O.-R. von 1877 vorgeschrieben war. Inwiefern der in Rede stehenden Vertragsnorm Art. 177 oder 181 entgegenstehen könnten, wie dieß der Anwalt der Kläger angedeutet hat, ist durchaus nicht einzusehen. Wenn endlich der Vertreter der Rekurrenten noch behauptet hat, § 45 der Statuten sei deßhalb unverbindlich, weil er in Abs. 2 entgegen den in Art. 2 und 13 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1885 aufgestellten Bestimmungen die Entscheidung über einen Anspruch des Versicherten dem gesetzlich vorgesehenen Gerichtstande entziehe und den Gesellschaftsbehörden vorbehalte, so geht auch diese Einwendung fehl. Der § 45 der Statuten enthält überhaupt keine Vereinbarung über den Gerichtsstand, sondern eine *materielle* Vertragsnorm: er schließt für den Fall der Selbstentleibung eben das Entstehen eines Rechtsanspruches auf die Versicherungssumme aus. Danach kann denn hier auf Grund des § 45 der Statuten von einem Anspruche auf die Versicherungssumme offenbar nicht die Rede sein. Denn es steht thatsächlich fest, daß die Versicherte sich mit dem Bewußtsein und dem Willen, dadurch ihren Tod herbeizuführen, ins Wasser gestürzt hat; bestritten ist bloß, ob sie den selbstmörderischen Entschluß in zurechnungs- oder unzurechnungsfähigem Zustande gefaßt und ausgeführt habe; es liegt also unzweifelhaft ein Fall der Selbstentleibung vor und nicht einer derjenigen Fälle, wo zwar der Versicherte durch sein körperliches Thun seinen Tod verursacht, wo aber dennoch das Vorhandensein einer Selbstentleibung negirt werden kann, weil das Bewußtsein der todtbringenden Handlung oder doch ihrer Kausalität im Augenblick der That vollständig fehlt (z. B. wenn der Fieberkranke sich im Delirium aus dem Fenster stürzt, oder ein Geisteskranker, der fliegen zu können glaubt, beim Versuche vom Dache stürzt u. dergl. mehr; siehe König a. a. O.).

6. Allein auch wenn die Zusage des Prospektes als maßgebend erachtet und davon ausgegangen würde, bei Selbstentleibung *in Folge einer Geisteskrankheit* bestehe ein Rechtsanspruch auf die Versicherungssumme, so müßte die Klage auf Grund des vor-

instanzlich festgestellten Thatbestandes dennoch abgewiesen werden. Die Vorinstanz nimmt an, der Sinn der sachbezüglichen Bestimmung des Prospektes und beziehungsweise des § 45 Abs. 2 der Statuten gehe dahin, es werde die Versicherungssumme nur dann geschuldet, wenn die Geisteskrankheit die ausschließliche (oder doch überwiegende) Ursache der Selbstentleibung sei, nicht aber auch dann, wenn die Geistesstörung nur als mitwirkender Umstand neben andern, hauptsächlich bestimmenden Ursachen erscheine. Diese Auffassung ist nicht rechtsirrthümlich. Zugesichert wird auch im Prospekt die Versicherungssumme nur für den Fall, daß die Selbstentleibung die Folge der Geistesstörung ist, nicht aber allgemein für den Fall, daß der Versicherte sich zur Zeit der That in einem geistig mehr oder weniger gestörten Zustande befindet. Die Geistesstörung muß, damit die Versicherungssumme geschuldet werde, danach als die überwiegende, entscheidende Ursache der Selbstentleibung erscheinen, nicht bloß als ein mitwirkender Faktor, welcher lediglich das Wirksamwerden anderer zum Selbstmorde treibender Motive erleichtert. Mit andern Worten, die normale Bestimmbarkeit des Willens durch Motive, die Zurechnungsfähigkeit, muß, wie z. B. bei dem vom Verfolgungswahne Befallenen, der sich, um seinen Quälern zu entgehen, ins Wasser stürzt, durch die Geistesstörung gänzlich ausgeschlossen und nicht etwa nur die Widerstandskraft gegen gewisse, auch gegenüber geistig gesunden Menschen wirksamen Motive infolge einer geistigen Störung in gewissem Masse abgeschwächt sein. Gerade die von den Klägern angerufene Gleichstellung der Selbstentleibung in Folge Geistesstörung mit derjenigen in Folge „schwerer körperlicher Leiden“ ist geeignet, dieß zu illustriren. Wenn ein körperlich schwer Leidender Hand an sich selbst legt, so wird gewiß die Versicherungssumme nur dann geschuldet, wenn das körperliche Leiden die treibende Ursache des Selbstmordes war, nicht aber auch dann, wenn der sachbezügliche Entschluß zunächst als durch andere Momente, wie Furcht vor drohender strafrechtlicher Verfolgung, ökonomischer Ruin u. drgl. bedingt erscheint, mag auch immerhin richtig sein, daß der Versicherte in Folge des schweren Leidens diesen Motiven weniger widerstandsfähig gegenüber stand als ein Gesunder. Ebensowenig ist es rechtsirrthümlich, wenn die Vorinstanz angenommen hat, im vorliegenden Falle sei die Geistesstörung nicht als die überwiegende entscheidene Ursache des Selbstmordes, sondern nur als ein mitwirkender Faktor, neben andern, in erster Linie wirkenden Motiven, der Furcht vor dem ökonomischen Ruin, vor dem mit Aufdeckung schwindelhafter Geschäfte verbundenen Skandal u. s. w. zu betrachten. Davon, daß bei dieser Aufstellung Rechtsgrundsätze über den Kausalzusammenhang verkannt worden seien, wie heute ausgeführt worden ist, kann nach dem Bemerkten offenbar keine Rede sein. Es liegt darin vielmehr einfach eine thatsächliche Feststellung des Beweisergebnisses. Aus diesen Gründen kann denn auch dem eventuell gestellten Aktenvervollständigungsbegehren der Kläger nicht entsprochen werden; dasselbe bezweckt einfach die Wiederlegung des vorinstanzlichen Thatbestandes und dies ist gemäß Art. 30 des O.-G. ausgeschlossen.

7. Hienach muß die Weiterziehung als unbegründet erklärt und das vorinstanzliche Urtheil in allen Theilen bestätigt werden.

Bezirksgericht Winterthur.

15. Mai 1889.

Müller'sche Hinterlassene ca. schweiz. Unfallversicherungsactiengesellschaft Winterthur.

Arbeiter-Unfallversicherung,

geschlossen mit dem Inhaber eines Fabriketablissements. Klage der Hinterbliebenen eines verunglückten Arbeiters gegen die Gesellschaft auf Zahlung der vertraglich vorgesehenen Entschädigung. Frage der Aktivlegitimation. Einrede der Verwirkung des Anspruches aus dem Versicherungsvertrag wegen Täuschung des Versicherers durch den Versicherungsnehmer beim Vertragsabschluß. (§ 509 des P. G. B.)

Mit Vertrag vom 3. November 1887 trat Albert Müller von Oberkulm, Ktn. Aargau, wohnhaft in Außersihl, dem Joh. Conrad Kuhl, Kaufmann in Enge, ein selbsterfundenes Rezept für ein chemisches Mittel zur Vertilgung der Reblaus, der Blutlaus, des falschen Mehlthaus und anderer Parasiten ab, wogegen sich Kuhl verpflichtete, in Außersihl eine chemische Fabrik zur Produktion dieses Mittels zu errichten. Der Vertrag bestimmt im Fernern: Müller übernimmt die technische Leitung dieser Fabrik. Dafür erhält er vom 1. November bis 31. Dezember 1887 ein Monatssalair von 200 Fr., vom 1. Januar bis 31. Dezember 1888 ein solches von 250 Fr. und vom 1. Januar 1889 an einen Lohn von 400 Fr. per Monat nebst 25 % des Reingewinnes und für sich und seine Familie freie Wohnung. Das fragliche Mittel wurde Anti-Peronospora genannt und von Anfang Dezember 1887 an von Kuhl in der errichteten Fabrik bezw. von Müller als dem technischen Leiter derselben fabrizirt.

Am 14. April 1888 stellte Kuhl bei Palmert & Cie. in Zürich, den Generalagenten der beklagten Unfallversicherungsgesellschaft, den Antrag zum Abschlusse einer *combinirten* Collectivversicherung und schon am 16. April wurde der Versicherungsvertrag geschlossen. Durch denselben sind die Arbeiter des Kuhl, also auch Müller, gegen Unfälle beim Fabrikbetrieb für den tausendfachen Taglohn als Maximum der Versicherungssumme für den Todesfall und Kuhl selbst gegen die Haftpflicht versichert worden. Die Prämie wurde auf Grund der Gefahrklasse VII vereinbart.

Aus den Versicherungsbedingungen sind folgende Bestimmungen hervorzuheben:

§ 1. Mit der Collectivversicherung gegen körperliche Unfälle wird die Gesellschaft zur Bezahlung der in der Police bestimmten Geldentschädigungen verpflichtet unter der Bedingung, daß die versicherte Person eine derartige Körperverletzung durch einen Unfall bei thatsächlicher Ausübung ihrer Berufsgeschäfte bei dem in der Police bezeichneten Geschäftsbetriebe erleidet, welche den Tod der verunglückten Person verursacht oder in Folge deren diese bleibend invalid oder vorübergehend erwerbsunfähig wird.

§ 3. Nicht inbegriffen im Versicherungsvertrag sind u. A. Unfälle, welche in offenbarer Trunkenheit der betreffenden Person herbeigeführt werden.

§ 4. Die *combinirte* Collectiv-Versicherung umfaßt das unter § 1 erwähnte, durch die einfache Collectiv-Versicherung gedeckte Risiko. Außerdem aber vergütet die Versicherungsgesellschaft dem versicherten Arbeitgeber jede Mehrleistung über die Entschädigung für die einfache Collectiv-Versicherung hinaus und zwar bis zu der in der Police vereinbarten Höhe, zu welcher er wegen desselben Unfalles auf Grund des schweizerischen Bundesgesetzes betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881 vom Verletzten oder bei dessen Tod von den gesetzlich dazu Berechtigten in Anspruch genommen werden sollte.

§ 16. Soweit die Police nicht abweichende Bestimmungen enthält, vergütet die Gesellschaft, abgesehen von den Entschädigungen aus gesetzlicher Haftpflicht, wenn der Tod sofort oder binnen Jahresfrist nachgewiesenermaßen als direkte Folge des Unfalls eintritt, *an die Hinterbliebenen des Getödteten* die volle auf ihn entfallende Versicherungssumme.

§ 22. Die Zahlung der festgestellten Entschädigung erfolgt innert 14 Tagen, nachdem die Zahlungsverpflichtung von der Gesellschaft oder durch rechtskräftiges Urtheil festgestellt ist, kostenfrei nach Wahl des Versicherungsnehmers am Sitz der Gesellschaft oder ihrer Generalvertretung. Bei der combinirten Collectiv-Versicherung überhaupt erst wenn auch die Entschädigung aus Haftpflicht fixirt und erledigt oder auf dieselbe Verzicht geleistet ist, also nur gegen vorbehaltslose Quittirung.

§ 24. Der Versicherungsnehmer und der Versicherte sind gegenüber der Gesellschaft bezw. ihren Vertretern und dem untersuchenden Arzte verpflichtet, die in den Vertragspapieren verzeichneten und verlangten Daten und Fragen gewissenhaft und wahrheitsgetreu zu beantworten. Haben sie dießfalls und bei Erörterungen über den Unglücksfall durch unwahre Angaben oder Verschweigungen wissentlich getäuscht, so sind damit die Versiche-

ungsrechte, sowie die bereits bezahlten Prämien absolut verwirkt.

§ 25. Klagen des Versicherungsnehmers gegen die Gesellschaft sind nach Wahl des Klägers bei dem sachlich zuständigen Gericht (mit Ausschluß von Handelsgerichten) entweder am Wohnorte des Versicherungsnehmers oder am Sitze der Gesellschaft in Winterthur anzustellen.

Pag. 3 der Police letzter Satz und Anfang von pag. 4. Die Führung des gegen ihn angestrengten Haftpflichtprozesses in seinem Namen hat der Versicherungsnehmer lediglich der Gesellschaft zu überlassen. Der Versicherungsnehmer ist nicht berechtigt, ohne ausdrücklichen Auftrag der Gesellschaft für ihre Rechnung Entschädigungsansprüche aus dem Haftpflichtgesetz anzuerkennen oder Entschädigungen in gütlichem Wege auszuzahlen. Dagegen ist er verpflichtet, im Prozeßfall die Gesellschaft mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln zu unterstützen und derselben oder ihrem Mandatar die erforderlichen Auskünfte zu ertheilen und die nothwendigen Belege beizubringen.

Im Versicherungs*antrag* ist auf die bezügliche Frage der Beklagten erklärt, Kuhl fabriziere in seiner chemischen Fabrik Kupfervitriol, Schwefelkohlenstoff, Salmiakgeist und Schwefelsäure. Und in der Police selbst heißt es, die Geschäftsbetriebe seien nach Angabe des Versicherungsnehmers folgende: „Fabrikation chemischer Produkte (Kupfervitriol, Schwefelkohlenstoff, Salmiakgeist und Schwefelsäure). Der Versicherungsnehmer Kuhl bezeugte aber in Uebereinstimmung mit der bezüglichen Klagebehauptung, er habe dem Angestellten von Palmert & Cie., Namens Schellenberg, der seinen Antrag entgegengenommen, die Antragsurkunde ausgefüllt und vermittelt habe, deutlich gesagt, daß er Anti-Peronospora und Azurin fabrizire. Auf dessen Frage, aus welchen Produkten diese Fakrikate hergestellt werden, habe er die in der Police aufgeführten 4 Stoffe genannt. Davon, daß er erklärt hätte, er fabrizire diese 4 Stoffe selbst, sei keine Rede. Gegentheils sei von ihm erläutert worden, die Anti-Peronospora sei ein Mittel gegen den falschen Mehlthau und die Reblaus. Die Antwort Schellenbergs sei einfach dahingegangen, die genannten Stoffe seien gefährlich und deßhalb müsse eine höhere Prämie bezahlt werden. Niemand von der Gesellschaft habe sein Geschäft besichtigt.

Dem gegenüber bezeugte Schellenberg, welcher zugibt, die Antragsurkunde selbst ausgefüllt zu haben, daß Kuhl ihm auf seine Frage, was er fabrizire, einfach die in den Versicherungsantrag aufgenommenen Stoffe genannt, dagegen von Anti-Peronospora nie ein Wort gesprochen habe, ansonst dieser Ausdruck von ihm ebenfalls in den Antrag aufgenommen und dann die Sache vor Abschluß der Police näher untersucht worden wäre.

Am Dienstag den 5. Juni 1888 (die Prämie von 147 Fr. 20 war erst einmal bezahlt worden) ereignete sich in der Fabrik des Kuhl ein Unglücksfall. Abends 5 Uhr nämlich begaben sich der technische Leiter Müller und der Arbeiter Anton Füssinger in den Kellerraum der Fabrik, wo sich das Laboratorium befand und fanden da plötzlich den Erstickungstod durch giftige Gase. Ein anderer Arbeiter Namens Sigrist, der den Müller hinausschaffen wollte, wurde durch die Gase ebenfalls betäubt, angestellte Wiederbelebungsversuche waren aber bei ihm von Erfolg.

Das Statthalteramt Zürich, Abtheilung Verwaltung und Polizei, konstatirte Folgendes: Die Fabrik des Kuhl bestehe seit 1. November 1887, dessenungeachtet aber sei dem Regierungsrath weder ein Plan über Bau- und innere Einrichtung dieser Fabrik eingereicht, noch von der Art des Betriebes Kenntniß gegeben und noch weniger die Ermächtigung zur Eröffnung des Betriebes eingeholt worden, obschon dieß durch Art. 3 des Fabrikgesetzes ausdrücklich vorgeschrieben sei. Die Gesundheitskommission habe von diesem, Gesundheit und Leben der Arbeiter sowohl als der Nachbarn in hohem Grade gefährdenden Geschäftsbetriebe, keine Kenntniß genommen, obschon ihr durch § 2 des Gesetzes betreffend die öffentliche Gesundheitspflege und § 16 der zuständigen Verordnung die Ueberwachung derartiger Etablissemente zur Pflicht gemacht werde. Im fraglichen Etablissement sei hauptsächlich Anti-Peronospora fabrizirt

worden. Die Herstellung dieses Präparates müsse als eine gefahrdrohende Operation bezeichnet werden.

Gestützt auf diese thatsächlichen Verhältnisse verfügte das Statthalteramt am 11. Juni 1888:

1. Kuhl wird wegen Uebertretung des Fabrikgesetzes dem Gerichte zur Bestrafung überwiesen.

2. Der Gesundheitskommission Außersihl wird wegen nachläßiger Handhabung ihrer Amtspflicht eine ernste Rüge ertheilt.

3. Der Fabrikbetrieb im Etablissement des Kuhl wird bis nach Einholung der regierungsräthlichen Genehmigung sistirt unter Androhung der Ueberweisung an die Gerichte wegen Ungehorsam im Falle des Zuwiderhandelns.

Durch Urtheil des Bezirksgerichtes Zürich vom 27. Juni 1888 wurde Kuhl wegen Uebertretung von Art. 3 Ziff. 1 und 2 des Fabrikgesetzes zu einer Buße von 100 Fr. verurtheilt.

Mit den Hinterlassenen des verunglückten Arbeiters Füssinger einigte sich die Beklagte auf dem Vergleichswege zur Zahlung einer Entschädigungssumme von 4500 Frkn., wogegen die Ansprecher sowohl gegenüber der Gesellschaft als gegenüber dem Fabrikinhaber Kuhl auf alle weitern Ansprüche verzichteten und ebenso Kuhl für alle Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag befriedigt zu sein erklärte.

Die Hinterlassenen des technischen Leiters Müller verlangten von der Beklagten Gesellschaft 8000 Fr., diese anerbot aber nur 6000 Fr. und da eine Verständigung nicht möglich war, so kam es zum Prozeß. Die Kläger klagten 8000 Fr. ein und stützten diesen Anspruch auf den Versicherungsvertrag, der in dem Sinne ein Vertrag zu Gunsten Dritter sei, daß diese Dritten, nämlich sie, die Kläger, ein direktes Klagerecht aus demselben haben. Müller habe zur kritischen Zeit einen Lohn von monatlich 250 Fr. oder jährlich 3000 Fr. gehabt, was (das Jahr à 365 Tage gerechnet) einen Taglohn von 8 Fr. 21 Rp. ergebe. Das Tausendfache ergebe also eine Summe von 8210 Fr. oder nach unten abgerundet von 8000 Franken gleich der Klagesumme.

Die Beklagte wendete ein:

1. Den Klägern fehle die Aktivlegitimation zur Klage, indem nur Kuhl als Versicherungsnehmer aus dem Versicherungsvertrage klagen könne, jedenfalls aber müssen sich die Kläger alle Einreden gefallen lassen, welche der Gesellschaft gegenüber Kuhl zustünden, wenn er als Kläger auftreten würde.

2. Der Versicherungsnehmer Kuhl sei zu richtiger Angabe der Geschäftsverhältnisse verpflichtet gewesen (§§ 509 und 519 des P. G.-B. und § 24 der Versicherungsbedingungen), habe aber diese Pflicht verletzt und sei die Beklagte deßhalb frei geworden. Denn derselbe habe angegeben, er fabrizire die vier in der Police genannten Stoffe (Kupfervitriol, Schwefelkohlenstoff, Salmiakgeist und Schwefelsäure), während er in Wirklichkeit nicht diese Stoffe, sondern aus denselben Anti-Peronospora gemacht habe, dessen Fabrikation sehr und speziell weit gefährlicher sei als diejenige der erwähnten Stoffe. Auch sei mit ganz ungenügenden Einrichtungen gearbeitet und in der Person des Müller ein Geschäftsleiter angestellt worden, der nicht Chemiker gewesen sei und von einer solchen Fakrikation nichts verstanden habe. Ueberdem sei Müller zur Zeit des Unfalls schwer betrunken gewesen.

Der Gerichtsexperte Prof. Dr. A. Rössel am Technikum Winterthur erstattete folgenden Bericht:

1. Acht Tage vor dem Unfall habe er den Kellerraum, in welchem die Vergiftung des Müller stattgefunden, im Auftrage des Kuhl besichtigt. Damals haben dort größere Gefäße, gefüllt mit Anti-Peronospora, gestanden. Die Ventilation der Lokalität sei eine sehr gute und die Einrichtung für die Fabrikation zweckentsprechend.

2. Die Mischung der verschiedenen Substanzen habe im untern Raume stattgefunden und zwar so, daß die Rohprodukte vom obern Stockwerk mittelst Röhren hinuntergelassen und mittelst eines ebenfalls im obern Stockwerk befindlichen und dort in Bewegung gesetzten Rührapparates gemischt worden seien. Das Betreten des untern Lokals sei also dabei nicht nöthig gewesen.

3. Die Fabrikation sei folgendermaßen vor

sich gegangen: Vom ersten Stockwerk der Fabrik sei Oel in den Keller in einen großen Bottich geleitet, durch eine Bleiröhre starke Schwefelsäure zugeführt und dann der Rührapparat in Bewegung gesetzt worden. Dann habe man ebenfalls von oben Schwefelkohlenstoff hinzugeführt, wieder gerührt und endlich das Ganze mit Amoniak gebunden.

4. Während der Operation, namentlich bei warmer Witterung, entweichen in reicher Menge Gase, die namentlich aus Schwefelkohlenstoff, Schwefelwasserstoff und Mercaptan-ähnlicher Verbindungen bestehen. Um diese Gase zu entfernen, sei der untere Kellerraum oben und unten mit zahlreichen Oeffnungen versehen. Das fertige kalte Produkt sei mittelst einer im Hofe befindlichen Pumpe gehoben und dort in Fässer gefüllt worden.

5. Er habe das Produkt für das Gewerbemuseum Winterthur analysiren müssen, was in der ersten Woche des Juni 1888 geschehen sei. Am 5. Juni Vormittags (Tag des Unfalls) sei die Untersuchung fertig geworden. Es sei dieß ein sehr heißer Tag gewesen mit einer Temperatur, bei welcher der Schwefelkohlenstoff ohne jede chemische Reaktion reichlich giftige Dämpfe habe abgeben können. Müller habe sich wohl mit dem Arbeiter Füssinger in den untern Raum der Fabrik begeben wollen, um das Fabrikat vor der Verpackung zu beurtheilen und dort seien dann beide von den Gasen, bevor dieselben entwichen gewesen, getödtet worden. Eine Viertel- oder Halbe-Stunde später wäre das Unglück wohl nicht vorgekommen, weil inzwischen durch die natürliche Ventilation genügend frische Luft in den Raum gedrungen wäre, um die giftigen Gase zu vertreiben. Seines Erachtens sei die Vergiftung zweier Personen namentlich dem Umstande zuzuschreiben, daß sich das fertige Produkt bei der hohen Temperatur vom 4. und 5. Juni viel langsamer abgekühlt als Müller angenommen habe.

6. Die Fabrikation des sogenannten Anti-Peronospora gehöre zu den gefährlichsten. Nicht minder gefährlich sei aber die Fabrikation von Schwefelkohlenstoff, der zu den giftigsten bekannten Substanzen gehöre und gerade wegen seiner außerordentlichen Giftigkeit und der leichten Bildung giftiger Gase gegen die Reblaus verwendet werde. Die Nachtheile des Schwefelkohlenstoffes, daß er ein zu hohes spezifisches Gewicht besitze und im Wasser unlöslich sei, habe Kuhl mit Hülfe von Müller auf chemischem Wege neutralisiren wollen. Dieß sei der Zweck der Fabrikation des Anti-Peronospora gewesen. Eine Fabrik von Schwefelkohlenstoffen stehe auf gleicher Linie wie die Pulvermühlen und Dynamitfabriken und unterliege derselben Controlle. In der Nähe von Wohnhäusern würde eine solche nie geduldet. Für die Fabrikation seien großartige Einrichtungen nothwendig. Die *Anwendung* von Schwefelkohlenstoff sei bei Beobachtung der erforderlichen Vorsichtsmaßregeln weniger gefährlich als dessen Fabrikation.

Die Fabrikation von Kupfervitriol und Amoniak sei ebenso gefährlich wie die Anwendung dieser Substanzen. Die *Fabrikation* von Schwefelsäure endlich sei unvergleichlich viel gefährlicher als die bloße Verwendung des Produktes und erfordere sehr bedeutende Anlagen, wie solche bei Gebrüder Schnorf in Uetikon und Boli in Altstetten vorkommen.

Der Mechaniker Sigrist in Außersihl deponirte als Zeuge: Die Maschine, durch welche man die gemischten Stoffe hätte in den Keller hinablassen können, sei noch nicht fertig gewesen und habe man deßhalb die Mischung im Keller selbst vornehmen müssen, wobei dann etwa Gase entwichen seien. Ferner sei die Luftpumpe, die man zum Hinauspumpen der Gase aus dem Keller angeschafft habe, noch nicht montirt gewesen.

Die Klage wurde in vollem Umfange gutgeheissen.

Gründe:

1. Der Versicherungsvertrag wurde abgeschlossen zwischen der Beklagten als Versicherungsgeberin und dem Kuhl als Versicherungsnehmer und zwar, — soweit es sich nicht um die hier außer Betracht fallende Versicherung des Kuhl selbst gegen die Haftpflicht des Fabrikunternehmers aus dem Fabrikhaftpflichtgesetz handelt, — *zu Gunsten seiner Arbeiter.* Insoweit stellt sich also der Vertrag als ein solcher zu Gunsten Dritter

dar. Gemäß Art. 128 des O.-R. ist der Gläubiger Kuhl berechtigt, zu fordern, daß an den Dritten, die Klägerschaft, geleistet werde. Dieses Recht, welches übrigens schon aus dem Versicherungsvertrag selbst hervorgeht, ist nicht streitig. Aber der Dritte, die Klägerschaft, will mit der vorliegenden Klage die Erfüllung selbständig von dem Schuldner, der Beklagten, fordern und die Kläger sind gemäß dem citirten Art. 128 Abs. 2 hiezu auch berechtigt, wenn die Willensmeinung dahin ging; denn die weitere Voraussetzung der citirten Gesetzesbestimmung, daß die Kläger, bevor Kuhl die Beklagte von ihrer Verbindlichkeit entbunden hatte, der Beklagten erklärt haben müssen, von jenem Rechte Gebrauch machen zu wollen, ist durch die Einleitung der vorliegenden Klage und die Thatsache, daß Kuhl die Beklagten unbestrittenermaßen von ihrer Haftpflicht nie befreit hat, erfüllt. Nun ist allerdings im Versicherungsvertrage selbst der Willensmeinung der Kontrahenten, daß Kläger berechtigt sein sollen, selbständig von der Beklagten Erfüllung zu fordern, nicht speziell Ausdruck verliehen. Allein es kann doch aus der Natur des Vertrages überhaupt und sodann aus einzelnen Bestimmungen desselben in Verbindung mit concludenten Handlungen der Beklagten die fragliche Willensmeinung der Kontrahenten abgeleitet werden. Die Versicherungssumme soll nicht dem Kuhl, sondern dessen Arbeiter oder den Hinterlassenen derselben zukommen. Wenn aber hienach *materiell* als eigentliche Gläubiger aus dem Vertrage die Kläger erscheinen, so hat es keinen Sinn, sie nicht als klageberechtigt zu erklären, wenn der *formelle* Gläubiger aus irgend einem Grunde nicht klagen kann oder will, um so mehr als der Schuldner ja dem Dritten die nämlichen Einreden gegenüberstellen darf wie dem formellen Gläubiger selbst. Daß die Kontrahenten auch bei Abschluß des Vertrages von dieser Ansicht geleitet waren, ergibt sich daraus, daß sie in § 16 bestimmten, die Versicherungssumme sei an die Hinterbliebenen des Getödteten zu bezahlen und im weitern Verlaufe der Vertragsbestimmungen erklärten, der Versicherungsnehmer habe im Falle der Prozeßanhebung seitens des Versicherten die Prozeßführung der Gesellschaft zu überlassen. Hier ist also der Versicherungsnehmer geradezu ausgeschlossen von der Berechtigung zur Prozeßführung mit dem Versicherten, sodaß es als eine sonderbare Consequenz erscheint, wenn die Beklagte heute behauptet, es hätten die Kläger den Kuhl einklagen sollen. Die Beklagte will Prozeßpartei sein, aber nach außen nicht als solche angesehen werden, weßhalb sie jeweilen den Versicherungsnehmer vorschiebt. Allein eine solche Fiktion berührt den Versicherten, der selbstverständlich die Wohlthat der Versicherung durch seinen Arbeitgeber nicht umsonst genießt, nicht. In concreto erblickte die Beklagte darin keinen Verstoß gegen den Vertrag, daß sie durch das Mittel ihrer Generalagentur behufs gütlicher Erledigung des Falles mit den Klägern direkt verkehrte. Es ist daher nicht einzusehen, warum nicht auch umgekehrt die Kläger direkt an die Beklagte sollten gelangen dürfen, sei es nun auf dem Prozeß- oder auf gütlichem Wege (siehe auch H. E. Bd. II S. 53).

2. Was die materiellen Einwendungen der Beklagten betrifft, so hat sie diejenige der Trunkenheit des Müller zur Zeit des Unfalls in der Schlußverhandlung nicht weiter festgehalten, weil der dießbezügliche Beweis vollständig manquirt ist. Dagegen beharrte sie darauf, daß der Versicherungsnehmer Kuhl sie beim Vertragsabschlusse durch unwahre Angaben resp. durch unredliche Verschweigung einflußreicher Umstände getäuscht habe. Wenn dem Kuhl in dieser Hinsicht eine erhebliche Verschuldung zur Last fällt, so ist die Beklagte nach § 509 des P. G.-B. zur Auszahlung der Versicherungssumme nicht verpflichtet. In erster Linie behauptet die Beklagte, Kuhl habe ihr vorgegeben, er fabrizire die vier mehrerwähnten Stoffe (Kupfervitriol, Schwefelkohlenstoff, Salmiakgeist und Schwefelsäure), währenddem er dann Anti-Peronospora fabrizirt habe, deren Fabrikation ungleich gefährlicher für die Arbeiter sei als diejenige der genannten Stoffe. Es handelt sich demnach um das Verschweigen der Thatsache seitens des Kuhl, daß er Anti-Peronospora herstelle. Nach dem Wortlaut der zitirten Gesetzesbestimmung sowohl als nach der

ratio derselben könnte in diesem Verschweigen nur dann ein erhebliches Verschulden erblickt werden, wenn angenommen werden müßte, die Beklagte hätte den Versicherungsvertrag nicht abgeschlossen oder eine erheblich höhere Prämie festgesetzt, sofern ihr die verschwiegene Thatsache bekannt gewesen wäre. Für die Frage, was als Gegenstand der Fabrikation genannt worden sei, sind nun zunächst der Antrag zum Versicherungsvertrag und dieser selbst maßgebend. In beiden Urkunden figuriren aber als Fabrikationsprodukte die 4 mehrerwähnten Stoffe, von denen die 3 letzten zur Herstellung der Anti-Peronospora dienen, während von dieser selbst nicht die Rede ist. Unter diesen Umständen wäre es Sache der Kläger gewesen, den Nachweis zu erbringen, daß Kuhl der Beklagten dennoch die Fabrikation der Anti-Peronospora als Geschäftszweig bezeichnet habe. Allein der dießbezügliche Beweis mißlang ihr. Denn die zwei einvernommenen Zeugen Kuhl und Schellenberg erscheinen gewissermaßen als Prozeßparteien. Ihre Aussagen stehen einander diamentral gegenüber und heben sich so gegenseitig auf, sodaß nach wie vor nichts als der Vertrag an die Hand gegeben ist. Und wenn man nun davon ausgehen muß, daß derselbe von Anti-Peronospora nichts sagt, solche aber von Schellenberg im Antrag jedenfalls aufgezeichnet worden wäre, wenn Kuhl sie erwähnt hätte und letzterer den Antrag ohne Reklamation unterschrieb, so ist als feststehend zu betrachten, Kuhl habe verschwiegen, daß er Anti-Peronospora fabrizire. Allein ebenso sicher ist, daß die Beklagte den Vertrag auch dann abgeschlosssen haben würde und zwar mit der gleichen Prämie, wenn Kuhl erklärt hätte, er erstelle aus Schwefelkohlenstoff, Salmiakgeist und Schwefelsäure Anti-Peronospora. Der Antrag zum Versicherungsvertrag wurde am 14. April in Zürich geschrieben, mußte nach Winterthur gesandt werden und schon am 16. April (Datum der Police) wurde der Vertrag selbst geschlossen. In der Zwischenzeit war es aber kaum möglich, die vier fraglichen Stoffe auf ihre Fabrikationsgefährlichkeit untersuchen zu lassen und eine solche Untersuchung wurde von der Beklagten auch nie behauptet. Ebensowenig wurde behauptet und ist auch nicht anzunehmen, daß die Beklagte in der Lage gewesen sei, die Gefährlichkeit der Herstellung dieser Stoffe *selbst* zu prüfen, daß sie eine solche Prüfung vorgenommen oder daß sie den Grad dieser Gefährlichkeit ohne Prüfung bereits gekannt habe. Daraus aber muß geschlossen werden, es sei der Beklagten gleichgültig gewesen, ob die Stoffe etwas mehr oder weniger gefährlich zu fabriziren seien und es habe diese Mehr- oder Weniger-Gefährlichkeit die Beklagte bei Einreihung der Versicherung in eine Gefahrklasse nicht influenzirt. Andernfalls, wenn Beklagte eine Prüfung vornehmen ließ, oder mit Sachkenntniß selbst vornahm, so mußte sie konstatirt sehen, daß die Fabrikation des Schwefelkohlenstoffs sehr gefährlich ist. Wenn sie aber trotzdem vom Vertragsabschlusse, wie er erfolgt ist, nicht abgehalten wurde, so ist klar, daß sie auch dann davon nicht abgehalten worden wäre, wenn Kuhl einen andern Geschäftsbetrieb angegeben hätte, der zwar ebenso gefährlich, aber doch nicht gefährlicher ist als die Schwefelkohlenstoff-Fabrikation. Nun ist aber durch die Expertise festgestellt, daß die Fabrikation des Anti-Peronospora nicht gefährlicher ist als diejenige des Schwefelkohlenstoffes und damit nach dem Gesagten der Beweis geleistet, daß die Beklagte auch bei Angabe der Anti-Peronospora als Fabrikationsprodukt den vorliegenden Vertrag mit Kuhl eingegangen hätte. Allerdings ist die Expertise des Dr. Rossel angefochten worden, aber verspätet und ohne Grund. Das Gutachten ist vollständig und klar und es können dem Experten auch die erforderlichen Kenntnisse nicht abgesprochen werden. Selbst wenn er der klägerischen Partei oder dem Kuhl näher stehen würde als der Beklagten, so wäre damit nicht gesagt, daß er unrichtigerweise erklärt hätte, der Schwefelkohlenstoff sei ebenso gefährlich zu fabriziren wie die Anti-Peronospora. Er analysirte aber seiner Zeit dieses Produkt im Auftrag des Gewerbemuseums Winterthur und nicht in demjenigen des Kuhl und wenn er auch die Fabrik des letztern einmal auf dessen Wunsch besichtigte, so ist es zu weit ge-

gangen, ihn deßhalb schon als befangen zu bezeichnen.

3. Eine weitere Unredlichkeit soll Kuhl dadurch begangen haben, daß er die mangelhafte und die Arbeiter gefährdende Einrichtung der Fabrik verschwiegen habe. Nun ist angesichts der Feststellungen des Statthalteramtes Zürich und des Zeugen Sigrist nicht zu bestreiten, daß die Fabrikation des Anti-Peronospora nicht mit genügenden technischen Mitteln vor sich ging und richtig ist offenbar auch, daß der Geschäftsleiter Müller kein wirklicher Chemiker war. Allein diese Umstände sind unerheblich. Selbstverständlich traf Kuhl nicht aus böser Absicht *solche* Einrichtungen und keine andern, sondern er sowohl wie Müller waren der Ansicht, die technischen Hülfsmittel seien hinreichend. Die Fabrik befand sich denn auch zur Zeit des Unfalls bereits seit 6 Monaten im Betrieb. Und wenn die Beklagte Versicherungsverträge abschließt ohne die oberflächlichste Prüfung, sei es, weil eine solche nicht üblich ist, sei es aus andern Gründen, so thut sie das auf ihre Gefahr. Es wird richtig sein, daß die Beklagte sich eben darauf verläßt, die Behörden werden in Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften keine ungehörige Fabrikeinrichtung dulden. Aber wenn ihr diese Annahme genügt, so ist das wiederum ganz ihre Sache.

4. Schließlich mag noch darauf hingewiesen werden, daß die Beklagte, obwohl wirklich nicht anzunehmen ist, daß sie von den Verhältnissen in der Kuhlschen Fabrik gar keine Kenntniß gehabt habe, mit den Erben Füssinger ohne Weiters abmachte, auch den Klägern 6000 Fr. anerbot und auf die nun besprochenen Einreden erst dann verfiel, als Kläger die 6000 Fr. zurückwiesen und 8000 Franken forderten. Die Klage muß demnach bezüglich der Kapitalsumme gutgeheissen werden. Zinse sind dagegen erst vom Tage der Weisung an zu sprechen, weil die Zahlung der festgestellten Entschädigung nach § 22 der Versicherungsbedingungen erst innert 14 Tagen, nachdem die Verpflichtung von der Gesellschaft oder durch rechtskräftiges Urtheil festgestellt ist, zu erfolgen hat und weil die Gerichte dieses letztere Datum nach constanter Praxis auf die Anhängigmachung des Prozesses zurückverlegen, da der Obsiegende jedenfalls das erhalten soll, was er gehabt hätte, wenn seine Befriedigung sofort zur Zeit der Klage erfolgt wäre.

Competenz-Entscheid
des
Handelsgerichtes Zürich
vom 21. Juni 1889.

Beitrag zur Auslegung des § 95 des Rechtspflegegesetzes. Die Beziehung des Streites „auf das vom Beklagten betriebene Gewerbe" oder „auf Handelsverhältnisse überhaupt".

Am 4. Juni 1889 reichte die klägerische Firma, Besitzerin einer lithographischen Anstalt für Anfertigung von Plakaten etc., beim Handelsgericht gegen den Tintenfabrikanten Joseph Lützelberger in Außersihl Klage ein über die Streitfrage:

„Ist der Beklagte schuldig, gegen Empfangnahme der den Klägern bestellten 2000 Stück illustrirter Tinten-Kataloge den Betrag von 2075 Mark sammt Zins à 6 % seit 1. November 1888 zu bezahlen."

In seiner schriftlichen Klagebeantwortung warf der Beklagte zunächst die Frage der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichtes auf und bezeichnete dieselbe als sehr zweifelhaft, da die im Streite liegenden illustrirten Kataloge nicht zum Verkauf durch den Beklagten, sondern zur unentgeldlichen Vertheilung und zum Zwecke der Aufnahme von Bestellungen bei den Kunden bestimmt seien und daher als nothwendige Hülfsmittel des eigenen Geschäftsbetriebes zu gelten haben. Indessen, — fügte derselbe bei, — könnte er sich damit einverstanden erklären, das Handelsgericht im Wege der Vereinbarung als Schiedsgericht (§ 102 des Rechtspflegegesetzes) anzurufen und damit dessen Jurisdiktion in der vorliegenden Streitsache herzustellen.

Die Klage wurde wegen Inkompetenz des Handelsgerichtes von der Hand gewiesen.

Gründe:

1. Der Beklagte ist im Handelsregister eingetragen und da der Streitwerth die Summe von 500 Fr. übersteigt, so ist die Kompetenz des Handelsgerichtes gemäß den §§ 95 u. 96 des Rechtspflegegesetzes begründet, sofern noch das weitere Erforderniß zutrifft, daß sich der Streit auf das vom Beklagten betriebene Gewerbe oder auf Handelsverhältnisse überhaupt bezieht, allein dieß ist nicht der Fall und es muß deßhalb die Klage wegen Inkompetenz des angerufenen Gerichtes von der Hand gewiesen werden.

2. Die streitige Forderung ist eine solche aus Werkvertrag und wird gestellt für Anfertigung von illustrirten Katalogen. Das Gewerbe des Beklagten besteht aber nicht im Halten und Verkauf solcher Kataloge, sondern in der Fabrikation und im Handel mit Tinte und deßhalb fehlt die vom Gesetze geforderte Beziehung des Streites zum Gewerbe des Beklagten. Die Anschaffung der Kataloge, welche behufs Aufnahme von Bestellungen den Kunden vorgewiesen und unentgeltlich verabreicht werden, ist allerdings ein Mittel, dessen sich der Beklagte bedient, um seine Produkte einzuführen und Abnehmer zu gewinnen und stellt sich insofern als ein Hülfsgeschäft zum Handelsgewerbe dar. Allein die Praxis hat sich dahin ausgebildet, daß die gesetzlich geforderte Beziehung des Streites zum beklagtischen Gewerbe in der Anschaffung von technischen Vorrichtungen und Hülfsmitteln, die zum Betriebe dieses Gewerbes erforderlich sind, nicht gefunden werden könne; so wurde z. B. auch die Klage einer Maschinenfabrik auf Bezahlung einer Lokomotive als nicht in die Kompetenz des Handelsgerichtes fallend erklärt (vergl. Sträulis Commentar zu § 95 des Rechtspflegegesetzes Zif. 9 lit. e, ferner lit. a—c, k, l daselbst). Daß der Kläger sich mit der Fabrikation von Plakaten, Katalogen etc. befaßt und daß das streitige Geschäft sich für ihn als ein Handelsgeschäft qualifizirt, ist für die Kompetenzfrage gleichgültig.

4. Es kommt weiter in Frage, ob der Streit sich auf Handelsverhältnisse überhaupt beziehe und dieß muß auf Grund der bisherigen Praxis gleichfalls verneint werden. Das Handelsgericht hat sich in frühern Fällen dahin ausgesprochen und ist diese Ansicht auch vom Kassationsgericht bestätigt worden (vergleiche H. E. Bd. IV Seite 305 u. folg.), daß unter den in § 95 des Rechtspflegegesetzes erwähnten Handelsverhältnissen überhaupt nur solche Verhältnisse und Verträge verstanden seien, welche entweder objectiv, d. h. ihrer innern Natur nach sich als Handelsgeschäfte darstellen oder doch mit Rücksicht auf das Gewerbe des Beklagten für ihn die Natur von Handelsgeschäften haben, was, wie bereits ausgeführt, nicht zutrifft.

5. Es hat nun freilich der Beklagte erklärt, daß er sich dazu verstehen könnte, den Streit vom Handelsgericht als Schiedsgericht (§ 102 des Rechtspflegegesetzes) entscheiden zu lassen, allein wenn in dieser Erklärung noch ein gehöriger Compromißvertrag gefunden werden könnte, so ist das Handelsgericht nur verpflichtet, *Handels*streitigkeiten zu entscheiden, worunter nach der bisherigen Praxis nur Streitigkeiten über Geschäfte verstanden werden, welche sich, mögen sie vorgenommen werden von wem immer, als Handelsgeschäfte darstellen, ein solches liegt aber hier nicht vor.

Literarisches.

Schollenberger Dr. J. Vergleichende Darstellungen aus dem öffentlichen Rechte der schweizerischen Kantone. II. Abschnitt. Die schweizerischen Handels- und Gewerbeordnungen. Zürich. Albert Müllers Verlag 1889.

In einem ersten Bändchen hat der Verfasser eine vergleichende Darstellung der „Schweizerischen Freiheitsrechte" dieser einen Seite der gesammten Volksrechte gegeben. Das vorliegende zweite Bändchen befaßt sich mit der vergleichenden Darstellung eines Theils der schweizerischen Handels- und Gewerbeordnungen. Ihr voran geht, wie begreiflich, die Darstellung des Bundesrechtes, wie es in der, sich an den Art. 31 der Bundesverfassung anlehnenden Spruchpraxis der Bundesbehörden zur Erscheinung kommt. Die systematische Bearbeitung dieser Spruchpraxis

ist wohl unleugbar von großem Werth und das Büchlein schon der Darstellung dieser Praxis wegen sowohl für Gerichts- als Verwaltungsbehörden und alle Diejenigen, welche vermöge ihrer Stellung über derartige Dinge Auskunft zu geben in der Lage sein sollen, unentbehrlich. Wir finden hier Entscheidungen darüber, welche Handels- und Gewerbeverhältnisse außerhalb des Art. 31 der B. V. stehen und sodann aber hauptsächlich auch darüber, welche Verfügungen sich als berechtigte Verfügungen über die *Ausübung* von Handel und Gewerben und die *Besteuerung* des Gewerbebetriebs im Sinne von Art. 31 lit. e der B. V. darstellen und welche dagegen, obwohl unter diesen Gesichtspunkten erlassen, in Wirklichkeit als eine unzuläßige Beschränkung der Gewerbefreiheit enthaltend aufzufassen sind. Nicht minder werthvoll, nur von einem andern Gesichtspunkte aus ist die eigentliche vergleichende Darstellung der kantonalen Rechtssätze des Handels- und Gewerbewesens unter sich und mit dem sie beherrschenden Bundesrechte. Von den kantonalen Rechten bespricht der Verfasser zunächst die allgemeinen Gesetze und geht sodann zu einzelnen speziellen Gewerbsarten, nämlich zum Markt- und Hausirwesen und zum Trödler-, Pfandleiher- und Gelddarleihergeschäft über. Den Schluß bildet eine knappe, die leitenden Gedanken des kantonalen Rechtes in der Wuchergesetzgebung kenntzeichnende Darstellung. Wer einem eidgenössischen Gewerbegesetz das Wort reden will, findet hier den zweckdienlichen Stoff.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. September 1889. VIII. Band. № 16.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die „Amerikanische Schweizer-Zeitung", 18 Ann Str., New-York.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Kollision.

Zwischen dem Grundsatz des Schweizerischen Obligationenrechts, daß ein Schuldner, dessen Schuld von einem Andern übernommen wird, ohne Zustimmung des Gläubigers nicht befreit wird und der kantonalen, ehegüterrechtlichen Bestimmung, daß alle vorehelichen Schulden einer Frau *mit ihrer Befreiung* auf den Ehemann übergehen. Die letztere ist, als einem durch das Schweizer. Obligationenrecht nicht berührten Rechtsgebiete (eheliches Güterrecht) angehörende lex specialis, durch die erstere (lex generalis) nicht aufgehoben worden.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 8. Juni 1889.
Bolliger ca. Neukomm.

Mittelst Urkunde vom *26. April 1883,* betitelt: „Schuldverpflichtung" anerkannten Fritz Bolliger zum Adler in Birmensdorf *(Kanton Aargau)* und Frau Agatha Zehnder daselbst, von Friedrich Bolliger, Kirchmeyer in Schloßrued (Aargau) 1500 Fr. anleihungsweise erhalten zu haben und versprachen, diese Summe à $4^1/_2$ % zu verzinsen und auf eine dreimonatliche Kündigung hin wieder zurückzubezahlen. Am *10. Dezember 1883* heirathete Fritz Bolliger seine Neben- und Mitschuldnerin Frau Agathe Zehnder. Am 4. Juli 1884 wurde der Geldstag über ihn eröffnet und es meldete der Gläubiger der 1500 Fr. betragenden Darlehensforderung, Kirchmeyer Bolliger in Schloßrued diese an, erhielt aber nichts. Die Ehefrau des Gemeinschuldners erhielt die privilegirte Hälfte ihrer Frauengutsforderung, ging dagegen mit der nicht privilegirten Hälfte derselben ebenfalls leer aus.

Mit zweitinstanzlichem Urtheil vom 5. Oktober 1886 wurden die Eheleute Bolliger-Zehnder gänzlich geschieden und es heirathete dann die Frau später einen Neukomm in Außersihl. Als Frau Neukomm wurde sie darauf von Kirchmeyer Friedrich Bolliger in Schloßrued gestützt auf die Schuldverpflichtung vom 26. April 1883 auf Bezahlung der 1500 Frkn. belangt. Sie bestritt indeß die Schuldpflicht und es kam darüber zum Prozeß.

In diesem anerkannte die Beklagte, daß sie aus dem Rechtsgeschäft vom 26. April 1883 in der That solidarisch mit Fritz Bolliger Schuldnerin des Klägers im eingeklagten Betrage von 1500 Fr. geworden sei. Sie wendete aber ein, daß diese, ihre Schuldpflicht,

in Folge ihrer Verheirathung mit dem Mitschuldner Fritz Bolliger, einem aargauischen Bürger, untergegangen sei und berief sich für die Richtigkeit dieses Satzes auf den § 53 des aargauischen bürgerlichen Gesetzbuches, welcher lautet:

„Das Vermögen, welches die Frau bei ihrer Verehelichung dem Manne zubringt und welches ihr während der Ehe anfällt, wird Eigenthum des Ehemannes, für dessen Stammbetrag er der Frau zu haften hat."

Das Bezirksgericht Zürich verwarf diese Einwendung und verurtheilte die Beklagte zur Zahlung, indem es ausführte:

Allerdings habe der von der Beklagten angerufene § 53 des aargauischen bürgerlichen Gesetzbuches den Sinn, daß das gesammte voreheliche Vermögen der Frau in Activen *und* Passiven mit dem Momente der Verheirathung in der Weise auf den Mann übergehe, daß die Frau bezüglich der übergegangenen Schulden liberirt werde. Allein die Beklagte könne sich auf diese Bestimmung deßwegen nicht berufen, weil dieselbe zur Zeit ihrer Verheirathung (10. Dezember 1883) mit Bezug auf die hier in Frage kommende Wirkung auf die Rechtsstellung der in die Ehe getretenen Schuldnerin *gegenüber dem Gläubiger* zufolge Aufhebung durch das Schweizerische Obligationenrecht nicht mehr gültig gewesen sei. Der § 53 des aargauischen Gesetzes regle nämlich einerseits das Verhältniß des Mannes zur Frau, indem er bestimme, daß ersterer der letztern alle vorehelichen Verbindlichkeiten abzunehmen habe, bezw. daß dieselben im Verhältnisse nach innen materiell als Schulden des Ehemannes gelten und insoweit sei derselbe vom Obligationenrecht unberührt geblieben und gelte auch heute noch, weil es sich hier um eine Frage des ehelichen Güterrechtes handle und dieses nach der Tendenz des Bundesgesetzes überall intact bestehen bleibe. Anderseits greife aber der § 53 auch in die Rechtsstellung der Frau *zum Gläubiger* ein, indem er an ihre Verheirathung die Schuldbefreiung knüpfe, an ihrer Stelle einen neuen Schuldner einsetze. Diese Seite der Bestimmung habe mit dem ehelichen Güterrecht nichts zu thun, sondern sei rein obligationenrechtlicher Natur und müsse daher als mit dem 1. Jenner 1883 dahingefallen betrachtet werden. Nach dem Obligationenrecht aber bedürfe es zur Ersetzung eines Schuldners durch einen andern der Zustimmung des Gläubigers und da diese nicht vorliege, so sei Beklagte gegenüber dem Kläger Schuldnerin geblieben und müsse demnach zahlen, vorbehältlich ihres Rückforderungsrechtes gegenüber dem geschiedenen Ehemann, der den § 53 gegen sich gelten lassen müsse.

Gegen dieses Urtheil appellirte die Beklagte und sie siegte zweitinstanzlich ob. Die Klage wurde abgewiesen.

Gründe:

1. Es ist der ersten Instanz darin beizustimmen, daß nach aargauischem Rechte die Schulden einer Frau durch ihre Verheirathung in der Weise auf den Ehemann übergehen, daß die erstere von ihrer Schuldpflicht völlig liberirt wird. Dieser Rechtssatz ist zwar im Gesetze nicht direkt ausgesprochen, aber er folgt, wie in Hubers schweizerischem Privatrecht, Band I pag. 298 des Nähern ausgeführt wird, mit Nothwendigkeit aus dem System der Eigenthumseinheit, welches im aargauischen Rechte gilt und ist auch von der Gerichtspraxis des Kantons Aargau anerkannt worden (siehe Allg. bürgerl. Gesetzbuch für den Kanton Aargau, herausgegeben von Dr. Hirzel, § 53 Zif. 6).

2. Es ist nun von vornherein nicht wahrscheinlich, daß das schweizerische Obligationenrecht diesen, einen Ausfluß eines eherechtlichen Systems bildenden Satz abgeändert habe, weil es dadurch einen förmlichen Einbruch in dieses freilich bezüglich seiner Zweckmäßigkeit sehr anfechtbare System begangen hätte, obschon anzuerkennen ist, daß, soweit es sich um die bloße Befreiung der Ehefrau als Schuldnerin, ohne Zustimmung des Gläubigers handelt, das eheliche Güterrecht in das Obligationenrecht hineingreift und die schweizerische Gesetzgebung in solchen Rechtsgebieten, welche auf der Grenze der allgemein schweizerischen und der kantonalen Gesetzgebungsbefugniß stehen resp. beiden angehören, wiederholt gesetzgebend aufgetreten ist und z. B. die Fähigkeit der Handelsfrauen, Schulden auf eigene Rechnung

einzugehen, ausdrücklich festgesetzt hat, obschon das aargauische Güterrechtssystem ebenfalls zweifellos und zwar als nothwendige Konsequenz des Systems der Eigenthumseinheit das Gegentheil festsetzt.

3. Zudem aber findet sich im Unterschiede zu der bereits erwähnten Bestimmung bezüglich der Verpflichtungsfähigkeit der Handelsfrauen im Obligationenrecht absolut kein Anhaltspunkt für die Absicht des schweizerischen Gesetzgebers, jene Bestimmung aufzuheben. Der allgemeine Rechtssatz nämlich, daß ein Schuldner, dessen Schuld von einem Andern übernommen wird, nicht ohne Zustimmung des Gläubigers von seiner eigenen Schuldpflicht befreit werde, galt im aargauischen Rechte, wie überhaupt in den meisten Rechten und so auch im eidg. Obl.-Rechte, ohne daß es Jemandem einfiel, darin einen Widerspruch mit dem hier in Frage stehenden speziellen Rechtsgrundsatze zu sehen. Es standen sich eben einfach die lex generalis und die, eine Ausnahme enthaltende lex specialis gegenüber und wenn nun das Obligationenrecht ganz die gleiche lex generalis ebenfalls aufgenommen hat, ohne die lex specialis ausdrücklich aufzuheben und diese letztere, wie bereits bemerkt, an sich einen Bestandtheil des aargauischen Gesetzes bildet, der durch die eidgenössiszhe Gesetzgebung jedenfalls nicht direkt aufgehoben worden ist, so ist es geradezu unmöglich, daraus, daß nicht noch ein ausdrücklicher Vorbehalt des Inhalts gemacht wurde, daß jene lex specialis weiter fortbestehe, auf den Willen des Gesetzgebers zu schließen, dieselbe aufzuheben.

Prokurist.

Umfang seiner Vollmacht. Unverbindlichkeit einer Wechselzeichnung desselben zu seinen eigenen Gunsten für den Prinzipal.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 18. Juni 1889.

Wagners Erben ca. Grenier.

Laut Eintrag im Handelsamtsblatt vom 18. Juli 1888 haben Oswald Elsener von Zug in Zürich und Louis Theoder Grenier von Vevey, Kt. Waadt, in Burgberg, Baden, eine Kollektivgesellschaft eingegangen, welche am 1. Juli 1888 ihren Anfang nahm. Geschäftszweig: Lithographie und Druckerei, Spiegelgasse 22, Zürich.

Laut Eintrag im Handelsamtsblatt vom 15. September 1888 hat sich diese Kollectivgesellschaft damals wieder aufgelöst und haben die Gesellschafter eine *Kommandit*gesellschaft eingegangen mit Anfang vom 15. September 1888, mit Elsener als unbeschränkt haftendem Gesellschafter und Grenier als Commanditär mit 15,000 Fr. Einlage. Geschäftszweig: der nämliche. Beigefügt ist: „*Die Firma ertheilt Prokura an den Commanditär L. Th. Grenier.*“

Grenier hatte in der Kollectivgesellschaft eine Einlage von 21,756 Fr. 60 Rp. gemacht. Wenn diese nach der Liquidation des Geschäftes der Kollektivgesellschaft noch unversehrt vorhanden gewesen und thatsächlich der neu gegründeten Kommanditgesellschaft zugekommen wäre, so hätte wohl Grenier, da seine Kommanditeinlage vertraglich nur auf 15,000 Fr. festgesetzt war, die Differenz mit 6756 Fr. 60 herausbeziehen können. So scheint nun aber der Sachverhalt nicht gewesen zu sein. Allein Grenier behandelte die Sache gleichwohl in diesem Sinne. Denn am gleichen 15. September 1888, an welchem die Gründung der Kommanditgesellschaft im Handelsamtsblatt publizirt wurde und mit welchem sie laut dieser Publikation ihren Anfang nahm, stellte er folgenden Wechsel aus:

„Am 12. Oktober 1888 zahlen wir gegen diesen Eigenwechsel an die Ordre des Herrn Louis Grenier in Zürich die Summe von 6500 Fr. p. pa. Elsener & Cie.
Louis Grenier.“

Am 11. Oktober 1888 betrieb sodann Grenier die Firma Elsener und Cie. für den Wechselbetrag von 6500 Fr. nebst Zins und Kosten und erhielt trotz Rechtsvorschlag des Oswald Elsener Rechtsöffnung, sodaß es unterm 30. Oktober 1888 zur Pfändung kam. Die Firma Friedrich Wagners Erben in Zürich hatte an die Kommanditgesellschaft 775 Fr. 35 Rp. zu fordern und erwarb dafür ein dem Grenier nachgehendes Pfandrecht. Gestützt

darauf erwirkte sie die Deposition des Versilberungserlöses und focht dann das Pfandrecht des Grenier an, weil eine gültige Wechselforderung des Beklagten nicht entstanden und daher auch der Wechselrechtstrieb mit allen seinen Folgen nichtig sei. Der Wechsel sei ein Eigenwechsel an eigene Ordre und als solcher nicht gültig, weil das Gesetz nur beim gezogenen Wechsel gestatte, daß der Aussteller sich selbst als Wechselnehmer bezeichne, nicht aber beim Eigenwechsel. (Bundesger. Entsch. Bd. XIII Seite 231 und Revue Bd. V No. 119.) Ferner habe der Beklagte die Firma nicht in rechtsgültiger Weise wechselrechtlich verpflichten können, weil die Ausstellung des Wechsels in keiner Weise dem Geschäftsbetriebe gedient habe.

Die Anfechtungsklage wurde gutgeheissen.

Gründe:

1. Da der Beklagte sein Pfandrecht auf dem Wege des Wechselrechtstriebes erworben hat, so ist Voraussetzung seiner Gültigkeit vor Allem aus die Existenz einer Wechselforderung. Die Kläger bestreiten, daß überhaupt ein gültiger Wechsel vorliege. Allein ihre dießfällige Argumentation, daß ein Eigenwechsel an eigene Ordre vorliege, ist kaum zutreffend. Sie lehnt sich an die Annahme an, daß Grenier auf dem Wechsel als Aussteller und zugleich als Remittent figurire. Dieß ist aber nicht richtig. Denn als Wechselausstellerin hat die Firma Elsener und Cie., wenn auch durch das Mittel ihres Prokuristen Grenier gezeichnet („p. pa. Elsener und Cie., Grenier"), während als Wechselnehmer der Privatmann Louis Grenier genannt ist.

2. Durchschlagend ist nun aber der zweite Anfechtungsgrund, daß die Wechselzeichnung des Prokuristen im vorliegenden Fall die Firma nicht obligiren konnte. Denn der Beklagte war, wie er ganz genau wußte, nicht bevollmächtigt, Namens der Firma *mit sich selbst* ein Rechtsgeschäft abzuschließen und dazu noch ein solches der vorliegenden Art, das mit dem Geschäftsbetrieb der Firma in überall keinem Zusammenhang steht, sondern gegentheils dazu dienen sollte, die Interessen der Kommanditgesellschaft als solcher auf Kosten der Sonderinteressen eines Gesellschafters, des Beklagten als Commanditär, zu schädigen (Art. 423 des O.-R.).

3. Hat aber der Beklagte hienach eine gültige Wechselforderung an die Firma Elsener und Cie. nicht erworben, so konnte er auch den Wechselrechtstrieb nicht erheben. Derselbe ist vielmehr ungültig und konnte folglich auch nicht zu einer gültigen Pfändung führen, weßhalb das Pfandrecht des Beklagten gemäß der Klage verworfen werden muß.

Eigenthumsübertragung an Mobilien

mittelst Stellvertretung des Veräusserers (constitutum possessorium). Artikel 202 des Obl.-Rechts.

Das ehemännliche Verwaltungs- und Nutznießungsrecht als besonderes Rechtsverhältniß, kraft dessen die veräußerten Sachen im Gewahrsam des Ehemannes als Veräußerer zurückbleiben. Unwirksamkeit dieser Eigenthumsübertragung gegenüber Dritten wegen des Vorhandenseins einer dieselben betreffenden Benachtheiligungsabsicht (Art. 202 Abs. 2 des O.-R.).

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 8. Juni 1889.

Mit Kaufvertrag vom 1. Jenner 1889 verkaufte der Käse- und Butterhändler Johannes Dowald an der Strehlgasse-Zürich seiner Ehefrau Anna geb. Engemann seine sämmtlichen hausräthlichen Gegenstände (Mobiliar, Koch- und Küchengeschirr etc.) sowie das Ladenmobiliar und die Waarenvorräthe. Im Vertrage ist gesagt: „Der Kaufpreis beträgt 4176 Fr. 35 und wird in der Weise bezahlt resp. verrechnet, daß die Weibergutsforderung der Frau Dowald im Betrage von 4279 Fr. 69 Rp. um den Betrag des Kaufpreises reduzirt wird." Gleichzeitig übernahm Frau Dowald vom 1. Jenner 1889 an den Betrieb des Käse- und Buttergeschäftes mit Zustimmung des Ehemannes auf ihre Rechnung. Ihre Eintragung als Handelsfrau ins Handelsregister erfolgte am 1. Februar 1889. Nach diesem Eintrag, der am 6. Februar im Handels-

amtsblatt publizirt wurde, betreibt sie das Geschäft unter der Firma A. Dowald-Engemann. Sie hat auch die Geschäftsräumlichkeiten auf ihren Namen gemiethet. Der Ehemann Dowald schuldete dem Consumverein Zürich aus Butterlieferungen, die ihm im Juli und August 1888 gemacht worden sind, 319 Fr. 15 Rp. und er wurde nun für diese Summe mit Rechtsbot vom 12. Februar 1889 betrieben. Am 5. März wurden 43 Nummern hausräthliche Gegenstände gepfändet, die sich alle in der Wohnung der Eheleute Dowald befanden. Eine Pfändung der zum Käse- und Buttergeschäfte gehörenden Vermögensobjekte verweigerte der Betreibungsbeamte, weil das Geschäft von der Frau des Schuldners als Handelsfrau betrieben werde und somit jene Objekte als in ihrem, nicht aber im Besitze des betriebenen Ehemannes befindlich betrachtet werden müssen. Dem Pfandrechte des Consumvereins wurde eine Forderung von 95 Frkn. vorgestellt. Gestützt auf den Eingangs erwähnten Kaufvertrag vindicirte Frau Dowald die sämmtlichen Pfandgegenstände als ihr Eigenthum, ihre Ansprache wurde aber bestritten, weil nur eine Tradition im Sinne von Art. 202 des O.-R. (durch constitutum possessorium) vorliege und diese gegenüber dem Beklagten unwirksam sei, weil durch das Rechtsgeschäft, auf welches die Eigenthumsansprache gegründet werde, eine Benachtheiligung desselben beabsichtigt gewesen sei (Art. 202 Abs. 2 des O.-R.).

Mit Urtheil vom 1. Mai 1889 schützte das Bezirzsgericht Zürich die Eigenthumsansprache der Klägerin. Die Beklagte appellirte aber. Am 16. Mai 1889 gerieth der Ehemann Dowald in Konkurs und es wurde dann diese Thatsache von der Beklagten in der Appellationsverhandlung vom 8. Juni in dem Sinne verwerthet, daß daraus am besten folge, wie schlecht der Ehemann Dowald schon am 1. Jenner gestanden sei und daß nur seine bedrängte Lage die Veranlassung zum Kaufgeschäft mit der Frau gebildet habe, woraus sich dann auch die Benachtheiligungsabsicht ohne Weiters ergebe. Die Klägerin anerkannte, daß sich ihr Mann Anfangs Januar schon in bedrängter ökonomischer Lage befunden habe und daß sie gerade deßhalb auf die Idee verfallen seien, das Weibergut sicher zu stellen. Allein es wurde geltend gemacht, daß wenn auch dadurch die übrigen Gläubiger haben zu kurz kommen müssen, die Tendenz des Rechtsgeschäftes doch keineswegs diejenige der Schädigung dieser Personen, sondern die der Sicherstellung des Weibergutes gewesen sei.

Die Eigenthumsansprache wurde zweitinstanzlich verworfen.

Gründe:

1. Das Obergericht hat sich schon wiederholt dahin ausgesprochen, daß bei Verträgen zwischen Ehegatten, wonach der Ehemann der Ehefrau zur Sicherstellung des Weiberguts Fahrhabe zu Eigenthum abtritt, welche kraft des familienrechtlichen Nießbrauchsrechtes des Ehemannes im Gewahrsam und in der Verfügungsgewalt dieses letztern zurückbleiben, wo also eine körperliche Tradition nicht stattfindet, die ausnahmsweise Besitzesübertragung im Sinne des Art. 202 Abs. 1 des O.-R. (durch constitutum possessorium) angenommen werden muß. Die Richtigkeit dieser Ansicht findet sich bestätigt in einem bundesgerichtlichen Entscheide vom 20. Mai 1887 (B. E. Bd. 13 S. 221, Revue Bd. V No. 115), wo es sich um eine Abtretung von Fahrhabe eines Vaters an seine minderjährigen Kinder handelte, bei welcher sämmtliche Gegenstände im Gewahrsame des Vaters als des Familienhauptes zurückblieben. Das Bundesgericht betonte in diesem Entscheide, daß das besondere Rechtsverhältniß, auf welches sich diese Art der Besitzesübertragung durch Stellvertretung gründen müsse, nicht ein obligatorisches zu sein brauche, sondern auch ein familienrechtliches sein könne, wie der familienrechtliche Nießbrauch.

2. Eine solche Besitzesübertragung durch constitutum possessorium hat nun im vorliegenden Falle zwischen den Eheleuten Dowald unterm 1. Januar 1889 stattgefunden, soweit nicht Gegenstände in Frage kommen, welche in die ausschließliche Verfügungsgewalt der Ehefrau als Handelsfrau gelangt sind. Mit Bezug auf diese Gegenstände (Ladenmobiliar und Fahrhabe im Keller, welche zum Geschäftsbetrieb des Ehemannes gehörte) muß

eine wirkliche, körperliche Tradition angenommen werden, weil der Ehefrau in der Folge durch gültige und durch Eintrag in das Handelsregister beurkundete Uebertragung des Handelsgeschäftes des Ehemannes die Mittel übertragen worden sind, welche ihr als Erwerberin die ausschließliche Verfügungsgewalt über die bezeichneten Gegenstände gewährt haben. Diese Gegenstände fallen aber für den Entscheid deßhalb außer Betracht, weil dieselben nicht gepfändet wurden und mithin von der Eigenthumsklage nicht berührt werden. In Betracht fallen lediglich solche Gegenstände, welche, wie nicht bestritten ist, in dem Gewahrsam und der Verfügungsgewalt des Ehemannes als Verwalter und Nutznießer des Weibergutes verblieben *sind*.

3. Nun frägt es sich weiter, ob die Einrede des Beklagten, daß die Abtretung der vindicirten Gegenstände ihm gegenüber gemäß Art. 202 Abs. 2 des O.-R. unwirksam sei, als begründet erachtet werden müsse und diese Frage ist heute allerdings zu bejahen. Nach dem angeführten bundesgerichtlichen Entscheide ist zum Thatbestande des Art. 202 Abs. 2 mehr nicht erforderlich, als daß bei der Tradition Veräußerer und Erwerber das Bewußtsein gehabt haben, daß in Folge der Veräußerung andere Gläubiger, die sonst ganz oder theilweile befriedigt worden wären, zu Verlust gerathen werden, d. h. ihre Aussicht auf gänzliche oder theilweise Befriedigung aus dem Vermögen des Veräusserers einbüßen. Eine weitergehende „betrügerische" Absicht ist nicht erforderlich, es kommt auch, sofern eine Benachtheiligung anderer Gläubiger eingetreten ist, nicht darauf an, ob dem Erwerber allfällig ein Konkursprivileg für seine Forderung zustand. Diese Betrachtung muß auch für den vorliegenden Fall durchschlagend sein.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Eheleute Dowald bei der Eigenthumsabtretung vom 1. Jenner 1889 das Bewußtsein gehabt haben, daß Dritte, insbesondere der Beklagte, durch die Veräußerung geschädigt werden. Nicht nur spricht für diese Annahme der Umstand, daß schon am 21. Mai der Konkurs über den Ehemann ausbrach, sondern es ist heute auch ausdrücklich zugegeben worden, daß die Sicherstellung des Weiberguts von den Ehegatten in Folge der bedrängten Lage des Ehemannes geplant wurde, und daß dieselben allerdings wußten, daß den andern Gläubigern dadurch ein Schaden entstehen werde. Wenn beigefügt wird, die Schädigung der Gläubiger sei nicht der Zweck der Vertragsschließung gewesen, sondern eben nur das unvermeidliche Mittel zur berechtigten Sicherstellung des Weiberguts, so ist das nach dem oben Gesagten unerheblich. Die Abtretung vom 1. Jenner ist somit dem Beklagten gegenüber in dem oben bezeichneten Umfange gemäß Art. 202 Abs. 2 des O.-R. unwirksam und ist die Klage gänzlich abzuweisen.

Miethe.

Befehlsgesuch um Ausweisung eines Miethers wegen unpünktlicher Zinsung gestützt auf die Vertragsbestimmung, daß letztere den Vermiether zur sofortigen Vertragsauflösung berechtige.

Einwendung des Miethers, daß ihm eine die rückständigen Zinsraten übersteigende Gegenforderung an den Vermiether zustehe. Diese Einwendung darf nicht mit der einfachen Bemerkung verworfen werden, daß der Miether den fälligen Zins hätte deponiren sollen. Denn es hängt von den Verhältnissen des einzelnen Falles ab, ob einem im Befehlsverfahren gestellten Ausweisungsbegehren, dem eine an sich erhebliche, aber nicht sofort herstellbare Einrede entgegengehalten wird, sofort entsprochen werden kann, oder ob dem Angesprochenen Sicherstellung des rückständigen Zinses aufzugeben oder aber der Ansprecher mit seinem Begehren einfach auf den ordentlichen Prozeßweg zu verweisen sei.

Kassationsgericht Zürich.
3. Juni 1889.

Der Baumeister David Süß in Außersihl verlangte Anfangs April 1889 beim Bezirksgerichtspräsidenten die sofortige Ausweisung seines Miethers, des Schreiners und Glasers

Albert Beck, gestützt darauf, daß derselbe die zwei mit Ende Februar und Ende März verfallenen monatlichen Zinsraten von je 27 Fr. 50 Rp. nicht bezahlt habe, der schriftliche Miethvertrag aber dem Vermiether für den Fall unpünktlicher Entrichtung des Zinses das Recht zur sofortigen Vertragsauflösung einräume. Der Gerichtspräsident wies jedoch das Gesuch ab, weil Beck Beweis durch Zeugen und Urkunden (ein von ihm geführtes Arbeitslieferungsbüchlein) dafür offerire, daß Süß ihm für gelieferte Arbeit mehr schulde als die mit Februar und März verfallenen Miethzinsen betragen. Nach dem erwähnten Büchlein hätte Beck dem Süß im Februar und März 1889 für 314 Fr. 18 Arbeit geliefert. Zu bemerken ist noch, daß laut eigenhändiger Bescheinigung des Vermiethers auch die Miethzinse für die Monate September, Oktober, November und Dezember 1888 sowie Januar 1889 durch Verrechnung mit Ansprüchen des Miethers aus Arbeitslieferungen bezahlt worden sind.

Der Vermiether Süß beruhigte sich nicht bei der abweisenden Verfügung des Gerichtspräsidenten, sondern focht dieselbe auf dem Rekurswege an. Er bestritt indeß nur im Allgemeinen, daß dem Beck noch ein Guthaben für gelieferte Arbeit zustehe und dem von ihm vorgelegten Büchlein irgend welche Beweiskraft zukomme. Im Uebrigen legte er eine Rechnung vor, nach welcher er demselben vom 10. Februar bis 31. März vorschussweise 199 Fr. 37 bezahlt hätte. Beck beharrte auf seinem Zeugenbeweisanerbieten und spezifizirte die Forderung von 314 Fr. 18 Rp. für im Februar und März gelieferte Arbeit unter Verweisung auf sein Büchlein durch genaue Zerlegung derselben in die einzelnen Posten. Gleichwohl unterlag er aber, denn die Rekurskammer befahl ihm mit Verfügung vom 1. Mai die sofortige Räumung der Wohnung, indem sie bemerkte, daß die Einwendung des Rekursgegners, es stehe ihm für gelieferte Arbeiten eine weit größere Gegenforderung zu, bestehender Praxis gemäß nur dann hätte berücksichtigt werden dürfen, wenn Rekursgegner die Miethzinsbeträge zur Verfallzeit gerichtlich hinterlegt hätte, derselbe aber nicht behauptet habe, daß er hiezu bereit gewesen sei. Albert Beck griff diese Entscheidung wegen „Verweigerung rechtlichen Gehörs" mit der Nichtigkeitsbeschwerde an. Erst in der Antwort auf diese Beschwerde fand sich dann Süß veranlaßt, etwas näher auf die von Beck gestellte Forderung für im Februar und März 1889 gelieferte Arbeiten einzutreten. Er bestritt von der bezüglichen Aufstellung im Arbeitsbüchlein des letztern 10 Posten im Betrage von 33 Fr. ganz, sodaß, diese abgezogen von dem Gesammtbetrag von 314 Fr. 18, eine Summe von 281 Fr. 18 Rp. übrig geblieben wäre. Allein auch dieser Betrag wurde nicht anerkannt, sondern bezüglich der demselben zu Grunde liegenden Arbeiten behauptet, sie seien noch nicht vollendet, das Maß zu groß angegeben und die Preise übersetzt. Nach Vollendung und Ausmaß der Arbeiten und Schätzung derselben durch Sachverständige werde sich ergeben, daß Beck über die empfangenen Vorschüsse von 199 Fr. 87 hinaus nichts mehr zu fordern habe.

Die Nichtigkeitsbeschwerde wurde gutgeheissen und der Ausweisungsbefehl aufgehoben.

Gründe:

1. Wenn die vom Ansprecher in Beantwortung der Nichtigkeitsbeschwerde abgegebenen Erklärungen in Betracht gezogen werden, so erscheint sein Anspruch, daß der Miether, weil er die mit Ende der Monate Februar und März verfallenen Miethzinsen nicht baar bezaht hat, ausgewiesen werde, nicht als vollstreckungsfähig.

2. Daraus, daß in dem zur Handhabung klaren Rechts stattfindenden Befehlsverfahren, wie im summarischen Verfahren, abgesehen vom Arrest, überhaupt, Zeugen nicht einvernommen werden dürfen (§§ 553 und 583 des Rechtspflegesetzes), folgt selbstverständlich nicht, daß wenn der Ansprecher sich für seinen Anspruch auf eine, den Klagegrund an sich herstellende Urkunde beruft, die Einrede dagegen zwar an sich erheblich ist, zu ihrer thatsächlichen Begründung aber es der Einvernahme von Zeugen bedürfen würde, der Anspruch jeweilen schon deßhalb gutzuheißen oder wenigstens nur gegen Sicherstellung auf den ordentlichen Rechtsweg zu

verweisen sei, weil die angerufenen Zeugen nicht einvernommen werden dürfen; sondern es ist in Ermangelung bestimmter Vorschriften, wie solche für das Schuldvollstreckungsverfahren bestehen (§§ 157 und 158 des Schuldbetreibungsgesetzes) von Fall zu Fall zu entscheiden, ob der Umstand, daß der Angesprochene zwar eine erhebliche Einrede stellt, deren thatsächliche Richtigkeit aber im summarischen Verfahren nicht herstellen kann, dazu führe, daß dem Begehren des Ansprechers zu entsprechen oder dem Angesprochenen aufzugeben sei, für dessen Erfüllung Sicherheit zu bestellen oder ob Ansprecher einfach abzuweisen und ihm Betretung des ordentlichen Rechtsweges zu überlassen sei.

3. Wenn nun in einem Miethvertrage der Miether die Bestimmung sich hat gefallen lassen, daß Versäumung des Zinstermins den Vermiether zu sofortiger Aufhebung der Miethe berechtige, so wird allerdings in der Regel die Einrede des Miethers, daß der verfallene Miethzins durch Gegenforderung getilgt sei, überhaupt nicht oder nur gegen Hinterlegung des streitigen Betrages des verfallenen Miethzinses zu berücksichtigen sein, wofern der Miether sich für seine Behauptungen lediglich auf Zeugen beruft. Das Gesetz (Art. 287 des O.-R.) bestimmt ja auch für den Fall, daß die Contrahenten besondere Bestimmungen betreffend die Folgen des Verzuges nicht getroffen haben, wenn der Miether mit einer vor Ablauf der Miethzeit fälligen Zinszahlung im Rückstande geblieben sei, so könne ihm der Vermiether bei Miethen, welche für ein halbes Jahr oder längere Zeit geschlossen seien, eine Frist von 30 Tagen, bei Miethen von kürzerer Dauer eine Frist von 6 Tagen mit der Androhung ansetzen, daß, sofern nicht innerhalb dieser Frist der rückständige Miethzins bezahlt werde, der Miethvertrag mit deren Ablauf aufgelöst sei. Dieser Bestimmung liegt offenbar der Gedanke zu Grunde, daß, wenn der eine Kontrahent eine verfallene Leistung nicht erfüllt und dadurch zu der Befürchtung Anlaß gegeben hat, daß er auch künftig verfallende Leistungen nicht erfüllen werde, man dem andern Contrahenten nicht zumuthen könne, weitere Leistungen zu machen, wofern jener nicht wenigstens durch Erfüllung oder Sicherstellung der verfallenen Leistungen eine Gewähr für Erfüllung der zukünftig verfallenden biete (vergleiche auch Art. 95 des O.-R.).

4. Im vorliegenden Falle ist nun aber die Einrede des Angesprochenen, daß der Betrag der mit Ende Februar und Ende März verfallenen Miethzinsen — 55 Fr. — durch den Werth von in diesen Monaten geleisteter Arbeit compensirt sei, in dem Maße zur Wahrscheinlichkeit erbracht, daß Vollstreckung des auf die Nichtzahlung dieser beiden Monatszinsen gegründeten Begehrens des Ansprechers nicht bewilligt werden kann. Ansprecher gibt zu, daß diejenigen Posten, in dem vom Angesprochenen vorgelegten Arbeitsbüchlein, für welche im Ganzen 281 Fr. 18 Rp. angesetzt sind, sich auf wirklich im Februar und März geleistete Arbeit beziehen, während er allerdings die Preisansätze anficht und den behaupteten Umfang und die Vollendung der Arbeiten bestreitet und behauptet, dem Angesprochenen vom 10. Februar bis zum 31. März vorschußweise für seine Arbeit 199 Fr. 87 Rp. bezahlt zu haben. Wird diese Zahlung als richtig angenommen und werden zu diesen 199 Fr. 87 Fr. 55 als Betrag der beiden in Frage stehenden Miethzinsen hinzugerechnet, so steht einer Fr. 254. 87 betragenden Forderung des Ansprechers eine Forderung des Angesprochenen von Fr. 281. 18 für wirklich geleistete Arbeit gegenüber und diese Forderung müßte um mehr als 26 Fr. 31 Rp. übersetzt sein, wenn an den 55 Fr. Miethzins noch etwas ausstände. Die Parteien auf eine gütliche oder rechtliche Auseinandersetzung zu verweisen, rechtfertigt sich um so mehr, als nach Inhalt der erstinstanzlichen Verfügung die Veranlaßung zu dem Begehren des Ansprechers offenbar eine durch ein Gezänk herbeigeführte Aufregung war; wer dieses Gezänk ausschließlich oder wesentlich verschuldet hat, ist aus den Akten nicht ersichtlich, aber unerheblich.

5. Nun hätte die zweite Instanz, nachdem Rekurrent sich in der Rekursschrift darauf beschränkt hatte, das Bestehen einer Gegenforderung zu bestreiten, Rekursgegner dagegen in der Rekursbeantwortung durch Verweisung auf sein Büchlein die einzelnen Posten

seiner Gegenforderung genau bezeichnet hatte, bevor sie die harte Verfügung der Wegweisung erließ, vorerst den Rekurrenten zu einer Erklärung über diese Posten anhalten sollen und jedenfalls darf es als Verweigerung rechtlichen Gehörs bezeichnet werden, daß jede Würdigung der Einrede des Rekursgegners mit dem Satze beseitigt wurde, wenn der Miether Tilgung des Miethzinses durch Gegenforderung behaupte, so müsse er den Betrag des streitigen Miethzinses hinterlegen, mit einem Satze, der als allgemeine Regel ausgesprochen, weder auf eine prozessualische noch auf eine Bestimmung des materiellen Rechtes sich gründet.

6. Nach § 712 des Rechtspflegegesetzes soll, wenn der Entscheid wegen Verweigerung rechtlichen Gehörs aufgehoben wird, Rückweisung an den Vorderrichter stattfinden. Diese Bestimmung hat aber die für Nichtigkeitsbeschwerden allgemein geltende Regel zur Voraussetzung, daß die Kassationsinstanz neue Vorbringen der Parteien beim Entscheide über die Frage, ob der angefochtene Entscheid aufzuheben sei, nicht berücksichtigen darf und daß demnach, wenn Rückweisung erfolgt, es Sache des Vorderrichters ist, zu prüfen, ob neue Vorbringen zulässig seien. Nun hat sich aber die Aktenlage nicht durch ein neues Vorbringen des Beschwerdestellers, sondern durch eine Erklärung des Beschwerdegegners verändert, die nicht weggeschaft werden kann. Es würde auch zu unnützen Weiterungen führen, dem Angesprochenen eine Frist anzusetzen, um beim Vorderrichter um Revision seines Entscheides einzukommen (§ 723 des Rechtspflegegesesetzes). Es rechtfertigt sich vielmehr, lediglich den Entscheid des Vorderrichters aufzuheben und dem Ansprecher zu überlassen, neuerdings sich an den Bezirksgerichtspräsidenten zu wenden, wenn Angesprochener mit weitern Miethzinsen im Rückstande bleibt oder auch, wenn sich ergibt, daß Angesprochener mit Unrecht die Tilgung der bis Ende des Monats März verfallenen Miethzinsschuld behauptet hat.

Fischereiwegrecht.

Streit über die Frage, ob es sich um ein wohlerworbenes Privatrecht des Fischereiberechtigten auf das Betreten und Begehen des Uferlandes oder aber nur um eine aus öffentlich rechtlicher Belastung des letztern folgende und daher in ihrem Bestande von der jeweiligen Gesetzgebung abhängige Berechtigung handle.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 14. Mai 1889.

Der Landwirth Rudolf Siegfried am Wasser in Wipkingen ist Inhaber einer Fischereigerechtsame in der Limmat von der Einmündung des Wipkingerbaches an bis zum Hardthurm, welche Gerechtsame das Kappelerhofamt (d. h. der unter staatlicher Verwaltung stehende Güterkomplex des secularisirten Klosters Kappel) am 1. Februar 1714 an Jakob Christoph Zeller, einen Rechtsvorfahren des Siegfried, verkauft hat und die dann von diesem Zeller durch Vermittlung einer Reihe anderer Zwischenpersonen schließlich auf Siegfried übergegangen ist. Im genannten Kaufbrief des Zeller (der von Siegfried schlechthin Fischereibrief genannt wird) ist das Kaufsobjekt dahin umschrieben: „Ferner eine Fischenzen mit allen dazu gehörigen Sachen und Gerechtigkeiten.“ Das linke Ufer der Limmat, dem genannten Fischereibezirke entlang, ist Eigenthum des Kaufmanns Salomon Rütschi-Bleuler in Zürich, der dasselbe als Wiese bewirbt. Siegfried prätendirte nun, dieses Grundstück betreten und begehen zu dürfen, soweit solches für den Betrieb der Fischerei bezw. der Ausübung seiner Fischereigerechtigkeit erforderlich sei und Rütschi-Bleuler anerkannte ein solches Recht, aber nicht als wohlerworbenes, vom jeweiligen Stand der Gesetzgebung unabhängiges Privatrecht, sondern nur als Ausfluß des Fischereigesetzes vom 29. März 1885, speziell seines § 14, welcher lautet: „Die Besitzer der Ufer haben das Betreten derselben durch die Patentinhaber oder Revierpächter, soweit solches für den Betrieb der Fischerei nothwendig ist, zu dulden; sie sind indessen berechtigt, für

daraus entstehende Beschädigungen Ersatz zu fordern.“ Siegfried wollte indeß ein wohlerworbenes, vom Stand der Gesetzgebung ganz unabhängiges Privatrecht haben, das er als eine rechtliche Zubehörde der Fischereigerechtssame, von selbst in ihr liegend und aus ihr folgend, bezeichnet.

Er unterlag mit der Geltendmachung dieser rechtlichen Natur seines Anspruches.

Gründe:

1. Die Parteien gehen darüber, daß und in welchem Umfange der Kläger berechtigt sei, zur Ausübung eines Fischereirechtes das beklagtische Land zu betreten, einig. Dagegen streiten sie darüber, ob dem Kläger dieß Recht als Ausfluß seiner besondern Fischereigerechtsame und unabhängig vom Stand der Gesetzgebung zustehe oder nur auf Grund und nach Maßgabe von § 14 des Fischereigesetzes vom 29. März 1885 und dieser Streit ist bei der Möglichkeit jederzeitiger Aenderung der Gesetzgebung keineswegs ohne praktische Bedeutung und kann sich deßhalb der Richter seiner Entscheidung nicht entziehen.

2. Der Kläger hat sich zum Beweis dafür, daß die Befugniß, das Uferland zu betreten, zu allen Zeiten als ein aus der Fischereigerechtsame hervorgehendes, dinglich wirkendes und insbesondere vom jeweiligen Stand der Gesetzgebung unabhängiges Recht angesehen und behandelt worden sei, zu dessen Begründung und Uebertragung es keiner notarialischen Fertigung bedurft habe, darauf berufen, daß in ältern Urkunden, mittelst welcher die Fischereigerechtsame übertragen worden sei, sich der Zusatz finde: mit allen zum Fischereirecht „gehörenden Sachen und Gerechtigkeiten“ und daß regelmäßig von den Inhabern des Fischereirechts im beklagtischen Land weitgehende Besitzeshandlungen vorgenommen worden seien, daß dieselben namentlich auf allen Wegen und Straßen über das Uferland zum Zwecke des Fischens gegangen seien, die Schiffe am Ufer angehakt und die Angel sowie die Streifbären vom Ufer aus geworfen haben. Allein das Gesagte kann nicht zur Gutheißung der klägerischen Rechtsanschauung und des darauf gegründeten Klaganspruches führen.

3. Es mangeln nämlich alle Anhaltspunkte dafür, daß je durch *besondern* Akt der Behörden, welche in frühern Zeiten mit der Wahrung der Hohheitsrechte des Staates betraut gewesen sind, dem Rechtsvorfahren des Klägers die Befugniß verliehen worden sei, zum Zwecke der Ausübung des Fischereirechtes das nunmehr dem Beklagten gehörende Uferland zu betreten und ebensowenig liegt irgend etwas dafür vor, daß diese Befugniß je durch privates Abkommen zwischen den Inhabern des Fischereirechtes und den Eigenthümern des Uferlandes begründet worden sei.

4. Bei dieser Sachlage aber ist richtigerweise anzunehmen, man habe durch den Gebrauch jenes Ausdruckes: mit allen dazu gehörigen Sachen und Gerechtigkeiten“ nur auf das Gesetz verweisen und sagen wollen, es werden neben und in Verbindung mit dem Fischereirecht alle diejenigen Befugnisse übertragen, welche das Gesetz als Ausfluß jenes Rechtes anerkenne und bezeichne und nun steht nicht fest, daß in frühern Zeiten und speziell zur Zeit, als das Fischereirecht des Klägers vom Hohheitsrecht des Staates abgelöst worden, und in den Besitz eines Privaten gelangt ist, vom Gesetz als bestehendes Recht anerkannt gewesen sei, daß der Inhaber einer Fischereigerechtigkeit stets auch befugt sei, zum Betriebe des Fischfanges das Ufer zu betreten, insbesondere findet sich dieß weder in Bluntschlis Staats- und Rechtsgeschichte noch in dem, das frühere öffentliche und private Recht darstellenden politischen Handbuch von 1796, als bestehendes Recht angeführt. Gesetzt aber auch, es haben früher und speziell zur Zeit, als das klägerische Fischereirecht eine private Gerechtsame geworden ist, die erwähnten Befugnisse als gesetzliches Recht gegolten, so würde daraus doch deßwegen nichts zu Gunsten des Klägers folgen, weil in Uebereinstimmung mit den Ausführungen der Rekurskammer in einem Entscheide vom 17. Mai 1877 in Sachen Rheinau davon ausgegangen werden muß, daß nur soweit, als bei der Verleihung einer Gerechtsame ab Seite des Staates gewisse Befugnisse ausdrücklich als ertheilt erwähnt sind, von wohlerworbenen Rechten, auf deren Fortbestand auch eine Aenderung der Gesetz-

gebung keinen Einfluß auszuüben vermag, gesprochen werden kann und wo dagegen bei Uebertragung der Gerechtsame für den Umfang des verliehenen Rechtes lediglich auf die Vorschriften des Gesetzes verwiesen worden ist, das fragliche Recht sich nach den Bestimmungen der jeweiligen Gesetzgebung richtet und somit eine Befugniß, welche sich lediglich auf Grund einer Gesetzesvorschrift als Ausfluß des verliehenen Rechtes darstellt, mit dem Augenblick, da jene Vorschrift durch eine andere ersetzt wird, welche jene Befugniß gar nicht oder nur in beschränktem Umfange vorsieht, ganz oder theilweise untergeht, ohne daß dem frühern Inhaber der Befugniß Entschädigungsansprüche, sei es gegen den Staat oder den früher Verpflichteten zustehen.

5. Das Anerbieten des Klägers, durch Zeugen nachzuweilen, daß während einer langen Reihe von Jahren von den frühern Inhabern des Fischereirechtes zum Zwecke des Fischfangs das beklagtische Land in der oben angegebenen, weitgehenden Weise benutzt worden sei, ist unerheblich. Denn angenommen auch, es habe eine solche Benutzung seit unvordenklichen Zeiten wirklich stattgefunden, so hätte dieß allerdings nach dem frühern Rechte allfällig dazu führen können, eine Dienstbarkeit als zu Recht bestehend anzunehmen, heute aber kann keine Rede mehr davon sein, nachdem Kläger und seine Rechtsvorfahren es versäumt haben, gemäß § 693 des P. R. G. B. innerhalb der zerstörlichen Frist von 10 Jahren Vormerkung des Rechtes im Grundprotokoll zu verlangen.

Civilprozess.

Nichtigkeitsbeschwerde. Ihre grundsätzliche Zulässigkeit gegen einen zweitinstanzlichen Beschluß, durch den ein erstinstanzliches Urtheil aufgehoben und der Prozeß mit der Auflage, bestimmte Beweise abzunehmen und nachher neuerdings zu urtheilen, an das Bezirksgericht zurückgewiesen wurde.

Da derartige Beweisbeschlüsse keine Rechtskraft erlangen, so kann eine denselben zu Grunde liegende Auffassung, die gegen klares Recht verstößt, auch noch mittelst der Nichtigkeitsbeschwerde gegen das spätere Urtheil angefochten werden.

Einfluß der mangelnden Rechtskraft solcher Beweisbeschlüsse und der Möglichkeit jederzeitiger Abänderung derselben auf die Würdigung der gegen sie erhobenen Nichtigkeitsgründe überhaupt.

Kassationsgericht Zürich.
3. Juni 1889.

Die Eigenthümerin eines Privatsträßchens verlangte von ihrem unmittelbaren Nachbarn die Entfernung einer Gartenthüre, welche in der Einfriedigung des hart an ihr Privatsträßchen stoßenden Gartens desselben so angebracht war, daß sie sich zwar nach innen öffnete, aber nur den Zweck haben konnte, das Betreten des genannten Sträßchens vom Garten aus zu ermöglichen. Sie machte geltend, daß der Beklagte beabsichtige, ihr Sträßchen vermittelst jener Gartenthür zu benutzen, während ihm keinerlei Rechte an demselben zustehen. Der Letztere wendete ein, daß sein Vater die Liegenschaft 14 Jahre lang besessen habe und dieselbe im Jahre 1885 an ihn (Beklagten) übergegangen sei. Die streitige Thüre existire seit circa 14 Jahren, wofür er Zeugenbeweis leiste und er sei in gutem Glauben gewesen, daß er ein Recht auf Fortexistenz der Thüre habe. Das Bezirksgericht hat die Klage gutgeheißen. Die Appellationskammer des Obergerichtes hob aber das Urtheil auf und wies den Prozeß an die erste Instanz zurück mit dem Auftrag, dem Beklagten den Beweis abzunehmen, daß die streitige Thür seit 14 bezw. 10 Jahren ohne Widerspruch bestehe, der Klägerin den Gegenbeweis abzunehmen und nach durchgeführtem Beweisverfahren ein neues Urtheil auszufällen. In den Erwägungen wurde ausgeführt:

Der Begriff der ständigen Servituten sei durch das Gesetz betreffend die Eintragung der Grunddienstbarkeiten vom 22. April 1862 erweitert worden, indem § 20 daselbst bestimme, daß Thüren, Fensterladen und Treppen in Häusern sowohl als an der Einfriedigung eines Grundstückes gleichfalls körper-

liche Anstalten seien, welche, soweit Zweck und Bestimmung derselben außer Zweifel stehen, Dienstbarkeitsrechte an dem anliegenden nachbarlichen Grundeigentum im Sinne des § 695 des privatrechtlichen Gesetzbuches begründen können. Nach dieser Bestimmung sei, wie der Kommentar von Gwalter zu diesem Paragraphen ausdrücklich bemerke, der Begriff der ständigen Dienstbarkeit auch auf solche Dienstbarkeiten ausgedehnt worden, deren Ausübung jedesmal eine Handlung des Berechtigten erfordere und sollen Berechtigungen, für deren Ausübung gewisse in die Augen fallende körperliche Anstalten bestehen, ständigen Dienstbarkeiten gleichgestellt sein. Diese Bestimmung sei dann wörtlich in das neue Privatgesetzbuch aufgenommen worden.

Es frage sich also nur noch, ob Zweck und Bestimmung der Thüre außer Zweifel stehen. Die Thüre sei nun so in der Umzäunung des beklagtischen Gartens angebracht, und sei es nach der Behauptung des Beklagten seit mehr als 10 Jahren gewesen, daß deren Gebrauch nicht möglich sei, ohne über den Raum des Nachbars zu gehen. Ueber die Bestimmung der Thüre könne daher kein Zweifel sein, wenn sie auch nur nach innen, d. h. gegen den beklagtischen Garten sich öffne. Damit stehe das Präjudiz No. 1017 in Ullmers Commentar nicht im Widerspruch (siehe den obergerichtlichen Rückweisungsbeschluß in H. E. VIII S. 62 u. f.).

Die Klägerin focht diesen Rückweisungsbeschluß mit der Nichtigkeitsbeschwerde an, wurde aber abgewiesen.

Gründe:

1. Die Beschwerde richtet sich gegen einen obergerichtlichen Beschluß und zwar speziell gegen einen im ordentlichen Civilprozeßverfahren gefaßten Beweisbeschluß. Der Ansicht des Kassationsbeklagten, daß die Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen derartigen Beschluß nicht zulässig sei, kann nicht beigetreten werden, denn der § 704 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege erklärt ganz allgemein die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Urtheile und Beschlüsse des Obergerichtes und seiner Kammern für statthaft, vorausgesetzt, daß einer der im Gesetz bezeichneten Nichtigkeitsgründe vorhanden ist. Auch ein Beweisbeschluß kann an Nichtigkeit leiden, z. B. wenn ein unfähiger Richter dabei mitgewirkt hat, oder wenn er gegen klare gesetzliche Bestimmungen verstößt. In derartigen Fällen gestattet § 699 des zitirten Gesetzes auch gegen einen erstinstanzlichen Beweisbeschluß Rekurs ans Obergericht. Gestützt auf diese Gesetzesstelle könnte ein erstinstanzlicher Beweisbeschluß, durch welchen die Beweislast entgegen einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung normirt würde, von der Partei, welche sich beschwert glaubt, auf dem Wege des Rekurses angegriffen werden. Wenn dieß in der Praxis bis jetzt nicht oder höchst selten geschehen ist, so liegt der Grund darin, daß gemäß § 665 des citirten Gesetzes mit der Berufung alle Mängel des Verfahrens gerügt werden können. Damit ist implicite gesagt, daß der Beweisnormirungsbeschluß nach zürcherischem Prozeßrecht der Rechtskraft nicht fähig ist. Auch der Richter ist an die dem Beweisbeschlusse zu Grunde liegende Auffaßung nicht gebunden. Bis zum Endurtheil kann er neue Beweise auflegen oder die Beweislast anders als es anfänglich geschehen ist, vertheilen (§ 343 des cit. Gesetzes). Dieß gilt auch mit Bezug auf zweitinstanzliche Beweisbeschlüsse für den Fall, als die Sache später wieder an die zweite Instanz gelangt (§ 663 des citirten Gesetzes) und es ist daher die Ansicht der Kassationspetentin, daß, wenn sie gegen den fraglichen Beschluß ein Rechtsmittel nicht ergreife, man einer spätern Beschwerde entgegenhalten würde, das Beweisdecret sei rechtskräftig geworden und kein Richter dürfe es mehr ändern, nicht richtig. Auch zweitinstanzliche Beschlüsse sind in diesem Sinne der Rechtskraft nicht fähig. Ist ein solcher Beschluß in fehlerhafter Weise zu Stande gekommen, z. B. das Gericht nicht in gehöriger Weise besetzt gewesen und dieß einer Partei bekannt, so darf sie allerdings das Urtheil nicht abwarten, sondern sie muß innert 60 Tagen, von der Mittheilung des Beschlusses an Nichtigkeitsbeschwerde einlegen. Steht dagegen der Beweisbeschluß im Widerspruch zu einer materiellen Gesetzesvorschrift und legt der Richter die nämliche gesetzeswidrige Auffaßung seinem Urtheile zu Grunde, so hat

die Partei, welche sich benachtheiligt hält, das Recht, das Urtheil anzufechten und sie braucht den Einwand, daß ihre Beschwerde verwirkt sei, weil sie nicht rechtzeitig gegen den Beweisbeschluß gerichtet worden sei, nicht zu befürchten.

2. Die Petentin beschwert sich zunächst darüber, daß der Vorderrichter nach seinem Rückweisungsbeschluß vom Beklagten nur den Beweis für eine mehr als 10jährige Existenz der Gartenthüre verlange und nicht auch dafür, daß er bezw. sein Rechtsvorfahr die streitige Thüre im guten Glauben, mit derselben eine Servitut auf das klägerische Land zu besitzen, innegehabt habe, während doch das Gesetz (§ 696 des alten und 246 des neuen P. G.-B.) als Erforderniß der Ersitzung fraglicher Servitut ausdrücklich einen 10 Jahre lang fortgesetzten *gutgläubigen* Besitz im Sinne von § 497 (neu 73) des P. G.-B. hinstelle. In der Außerachtlaßung dieses Erfordernisses im Beweisbeschluß des Vorderrichters wird offenbarer Widerspruch mit den citirten klaren Gesetzesstellen (§ 696 u. 697) gefunden. Allein davon könnte nur die Rede sein, wenn der Richter nachgewiesenermaßen angenommen hätte, daß der gute Glaube für die Ersitzung von ständigen Dienstbarkeiten nicht nöthig sei und nun geht die Petentin mit Unrecht von dieser Unterstellung aus. Denn in Erwägung 3 des angefochtenen Beschlusses ist als Erforderniß der Ersitzung auch dasjenige der Redlichkeit des Besitzes genannt und nirgends hat sich der Vorderrichter dahin geäußert, daß auf das fragliche Erforderniß im vorliegenden Prozeß nichts ankomme. Diesen Standpunkt des Gerichtes daraus deduciren zu wollen, daß ein Beweisthema für das Vorhandensein des gutgläubigen Besitzes nicht aufgestellt wurde, geht zu weit, denn es sind noch andere Gründe gedenkbar, welche das Gericht veranlaßt haben mögen, von einer Beweisabnahme Umgang zu nehmen. Solche Gründe zu nennen und sie auf ihre Stichhaltigkeit zu prüfen, dafür liegt keine Veranlaßung vor, da dem Urtheil, das hierüber Aufschluß geben wird, nicht vorgegriffen werden darf.

3. Das Fehlen eines Beweisthemas in der angedeuteten Richtung wird ferner auf die Annahme des Vorderrichters zurückgeführt, daß der Besitz des Beklagten ein gutgläubiger sei und diese Annahme als eine aktenwidrige bezeichnet. Allein der Vorderrichter hat sich auch nicht in diesem Sinne ausgesprochen und seinem Stillschweigen über das Requisit des guten Glauben jenen Sinn zu unterstellen, bevor er sich in einem Urtheil über das ganze Streitverhältniß ausgesprochen hat, geht nicht an.

4. Von Verweigerung rechtlichen Gehörs wird gesprochen, weil der Beklagte in seiner Antwort auf die Klage zur Begründung des guten Glaubens nichts angeführt habe und daher die Einrede der Ersitzung nicht hätte gehört oder dann dem Beklagten doch der Hauptbeweis dafür hätte aufgelegt werden sollen, daß die Erstellung des Gatters unter Umständen und zu einer Zeit geschehen sei, wo der Ersteller bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit keine Ursache gehabt habe, an der Gültigkeit seines Titels zu zweifeln. Und weil, wenn alles das noch nicht richtig sein sollte, doch sicherlich das Beweisanerbieten der Klägerin, daß das Requisit des guten Glaubens mangle, hätte berücksichtigt werden sollen. Diesen Ausführungen sind aber folgende entgegenzuhalten. Da der Beklagte in der Klageinlaßung immerhin ausdrücklich *gutgläubigen* Besitz behauptet und vor zweiter Instanz speziell geltend gemacht hat, es hätten Klägerin und ihre Tochter die Einwilligung zur Erstellung der Thüre ertheilt, so würde sich die sofortige Verwerfung der Ersitzungseinrede nicht gerechtfertigt haben. Dazu kommt nun aber, daß gemäß § 500 (neu 76) des P. G.-B. eine gesetzliche Vermuthung für den guten Glauben besteht. Denn Angesichts dieser Vermuthung hat der Vorderrichter lediglich im Sinne des Gesetzes gehandelt, wenn er dem Beklagten den Hauptbeweis für seinen guten Glauben nicht aufgelegt hat. Sind Gründe vorhanden, welche geeignet sind, diese Vermuthung zu entkräften, so hat derjenige, welcher dieses behauptet, den Beweis zu leisten. Der Petentin ist nun allerdings eine bezügliche Beweisauflage nicht gemacht worden, obschon sie den guten Glauben der Beklagten bestritten und für die Richtigkeit dieser Bestreitung einen

Zeugen angerufen hat. Das berechtigt sie jedoch nicht, den obergerichtlichen Beschluß als nichtig anzufechten, denn sie ist bis jetzt mit keinen Beweisen ausgeschlossen worden.

5. Am Schlusse der Beschwerde bemerkt der Vertreter der Kassationspetentin, daß er an seiner vor erster Instanz ausgesprochenen Ansicht festhalte, daß § 20 des Gesetzes betreffend die Eintragung von Grunddienstbarkeiten auf Fälle der Ersitzung keine Anwendung finde und Beklagter daher zum Mindesten eine zehnjährige unwidersprochene und gutgläubige Ausübung des *Wegrechtes* hätte behaupten und nachweisen sollen. Nun ist allerdings fraglich, ob mit dem Nachweis der 10jährigen Existenz der Gartenthüre auch das Recht des Beklagten, beliebig über das Privatsträßchen zu gehen, dargethan sei. Allein hierauf weiter einzutreten ist nicht nöthig, weil in dieser Beziehung ein Nichtigkeitsgrund nicht geltend gemacht worden ist.

Prozessualisches.

Die Voraussetzungen der Zulässigkeit des schriftlichen Zeugnisses (§ 369 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes).

Kassationsgericht Zürich.
3. Juni 1889.

Einem Urtheil des Kassationsgerichtes Zürich vom 3. Juni 1889 entnehmen wir folgende, die Voraussetzungen der Zulässigkeit des schriftlichen Zeugnisses betreffende Erwägungen:

1. Der § 369 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege vom 2. Dezember 1874 bestimmt, das Zeugniß sei in der Regel mündlich abzulegen und schriftliches Zeugniß nur zulässig, erstens sofern aus der schriftlichen Erklärung hervorgehe, daß sie mit dem Bewußtsein, es handle sich um eine vor Gericht zu erhärtende Thatsache, ausgestellt worden sei, *und zweitens* wenn sich das mündliche Zeugniß auf ein amtliches Protokoll oder auf eine anerkannt regelmäßige Buchführung stützen müßte oder wenn Thatsachen in Frage stehen, welche nach herrschender Sitte vorzukommen pflegen wie z. B. u. s. f.

2. Wäre die Satzbildung dieses Paragraphen richtig, so würde derselbe bestimmen, schriftliches Zeugniß sei in zwei Fällen zulässig, nämlich dann, wenn das Zeugniß mit dem Bewußtsein ausgestellt sei, daß es zum Beweise einer vor Gericht aufgestellten Behauptung dienen müsse und dann, wenn es sich auf ein amtliches Protokoll oder eine regelmäßige Buchführung stütze oder sich auf ein in der Sitte begründetes Vorkommniß beziehe, in welchem zweiten Falle nicht darnach zu fragen sei, ob der Aussteller des Zeugnisses gewußt habe, daß das Zeugniß bestimmt sei, dem Richter vorgelegt zu werden.

3. Nun unterliegt es aber keinem Zweifel, daß § 369 des jetzt geltenden Gesetzes einen Verstoß gegen die richtige Satzbildung enthält, wonach es heißen sollte, schriftliches Zeugniß sei nur zuläßig, wofern erstens u. s. f., zweitens u. s. f., daß also der Gesetzgeber sagen wollte, schriftliches Zeugniß sei nur zuläßig, wenn zweierlei zusammentreffe, nämlich erstens die Uebereinstimmung des Inhaltes des Zeugnisses mit dem Inhalte eines amtlichen Protokolls oder dem Inhalte einer regelmäßigen Buchführung oder mit der Landessitte, zweitens das Bewußtsein des Ausstellers des Zeugnisses, daß es zum Beweise einer vor dem Richter vorgebrachten Behauptung diene. Daß in der Regel auf schriftliche Zeugnisse kein Gewicht zu legen sei, ist auch bei uns von jeher anerkannt worden und nach feststehendem Gerichtsgebrauche waren die Ausnahmen, welche zugelassen wurden, gerade die, welche unter Zif. 2 von § 369 des jetzt geltenden Gesetzes bezeichnet sind und welche sodann auch in § 159 der Civilprozeßordnung vom 30. Oktober 1866 festgestellt wurden (vergleiche Zeitschrift für Kunde der zürcherischen Rechtspflege Bd. VII Seite 208 und Bd. XVI S. 396). Das gegenwärtig geltende Gesetz wollte lediglich die durch den frühern Gerichtsgebrauch und durch die Bestimmung des § 159 der Prozeßordnung von 1866 festgestellte Beschränkung der Zulässigkeit schriftlicher Zeugnisse auf bestimmte Ausnahmen noch dadurch verschärfen, daß es vorschrieb, es müsse aus

dem schriftlichen Zeugnisse auch hervorgehen, daß der Aussteller das Bewußtsein gehabt habe, es handle sich um eine vor Gericht zu erhärtende Thatsache, welches Bewußtsein, beiläufig bemerkt, in dem Falle nicht ohne weiters angenommen werden kann, wenn eine Person, z. B. ein Verwandter, ein von fremder Hand geschriebenes Zeugniß unterzeichnet, ungeachtet darin steht, der Unterzeichner habe bei Ausstellung des Zeugnisses fragliches Bewußtsein gehabt.

Strafrecht.

Der Ehebruch als Antragsvergehen. Auslegung der Vorschrift des § 118 des Strafgesetzbuches, daß der Strafanzeige des beleidigten Ehegatten nur dann Folge gegeben werden könne, wenn das Begehren um Trennung der Ehe *bei den Gerichten* anhängig gemacht worden sei. Die Anhängigmachung desselben beim Friedensrichteramt genügt nicht, denn der Friedensrichter kann nicht als Richter im Sinne des § 118 des St. G.-B. bezeichnet werden.

Kassationsgericht Zürich.
13. Mai 1889.

Ein Ehemann verzeigte seine Frau am 13. Februar 1889 wegen Ehebruchs und leitete am gleichen Tage die Scheidungsklage beim Friedensrichteramt ein.

Mit Urtheil vom 2. März 1889 erklärte das Bezirksgericht Zürich sowohl die Ehefrau als den Liebhaber, mit dem sie sich vergangen hatte, gestützt auf das von beiden abgelegte Geständniß des Ehebruchs schuldig und verurtheilte dieselben zu je 14 Tagen Gefängniß. Die Appellationskammer des Obergerichtes bestätigte dieses Urtheil am 7. Mai, indem sie auf die Einwendung der Appellanten, daß die Anhebung der Scheidungsklage *beim Friedensrichteramt* gemäß § 118 des Strafgesetzbuches zur strafrechtlichen Verfolgung des Ehebruches nicht genüge, mit der Betrachtung beseitigte, daß die Vorschrift der citirten Gesetzesstelle, es könne der strafrechtlichen Anzeige des beleidigten Ehegatten nur Folge gegeben werden, wenn vor derselben das Begehren der Trennung der Ehe *bei den Gerichten* anhängig gemacht worden sei, lediglich den Sinn habe, Strafklage könne nur durchgeführt werden, wenn der ernstliche Wille des beleidigten Ehegatten, die Ehe nicht fortzusetzen, beurkundet sei.

Dieses Urtheil wurde von einem der schuldig Erklärten (dem männlichen Theil) mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten und das Kassationsgericht hob dasselbe auch wirklich als nichtig auf.

Gründe:

1. Soweit die Kassationsbeschwerde darauf gestützt wird, daß die Anhängigmachung der Ehescheidungsklage bei den kompetenten Gerichten nach § 118 des Strafgesetzbuches schon *vor* der strafrechtlichen Denunciation erfolgt sein müsse, braucht nicht darauf eingetreten zu werden, weil das angefochtene Urtheil deßwegen cassirt werden muß, weil überhaupt die Klage *nur beim Friedensrichter* eingeleitet war.

2. Das zur Zeit geltende Gesetz betreffend die zürcherische Rechtspflege vom 2. Dezember 1874 unterscheidet die Einleitung einer Klage beim Sühnbeamten und die Anhängigmachung beim Gerichte (§§ 294, 317, 318, 448, 460, 461, 471, 504, 537 und 542). Wenn daher der Wortlaut des § 118 des Strafgesetzbuches auf Grundlage dieses Gesetzes zu interpretiren wäre, so müßte angenommen werden, als Anhängigmachung des Begehrens um Trennung der Ehe bei den Gerichten sei die Anhängigmachung bei den *erkennenden* Gerichten im Gegensatz zum Friedensrichter verstanden.

3. Zur Zeit der Erlassung des Strafgesetzbuches (8. Jenner 1871) galt aber noch die Civilprozeßordnung vom 30. Oktober 1866. Diese unterscheidet nicht so genau, sondern behandelt auch die Einleitung des Prozesses bei den Sühnbehörden als Anhängigmachung der Klage (§ 304, 311 und 332).

4. Da aber gemäß diesem Gesetze Ehescheidungsklagen regelmäßig beim Pfarramt eingeleitet werden mußten und erst nach Durchführung eines Sühnverfahrens vor Pfarramt und Kirchenpflege an das Gericht ge-

langten, so muß die Anhängigmachung des Begehrens um Trennung der Ehe bei den Gerichten als Gegensatz zur Einleitung beim Sühnbeamten aufgefaßt werden; denn zu den Gerichten können Pfarramt und Kirchenpflege nicht gezählt werden.

5. Wäre in § 118 des Strafgesetzbuches auch die Einleitung der Klage beim Sühnbeamten inbegriffen, so müßte der Wortlaut sein:

„Der Anzeige kann nur dann Folge gegeben werden, wenn vor derselben das Begehren um Trennung der Ehe *eingeleitet* worden ist.“

6. Nach dem gegenwärtig geltenden Gesetze ist der Friedensrichter als Sühnbeamter an Stelle der kirchlichen Behörden getreten, als Richter im Sinne des § 118 des Strafgesetzbuches kann er nicht bezeichnet werden.

7. Der Grund dieser Unterscheidung ist auch einleuchtend: Nach dem Strafgesetzbuch soll die Ehebruchsklage nur erhoben und fortgesetzt werden können, wenn feststeht, daß die Ehe nicht fortgesetzt wird: denn das Gesetz bestimmt weiter ausdrücklich: „Verzichtet der beleidigte Ehegatte auf die Bestrafung des Schuldigen *oder will er die Ehe fortsetzen*, so ist die Untersuchung gegen beide Beklagte niederzuschlagen.“ So lange nun aber die Ehescheidungsklage erst beim Friedensrichter eingeleitet ist, ist die Zurückziehung derselben noch leicht möglich; der Sühnbeamte soll ja gerade in erster Linie suchen, eine Aussöhnung zu Stande zu bringen.

8. Daß die in Frage stehende Gesetzesvorschrift eine materielle ist, kann nicht bezweifelt werden, denn sie enthält eine Einschränkung der Strafbarkeit des Thatbestandes des Verbrechens.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. September 1889. VIII. Band. № 17.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die „Amerikanische Schweizer-Zeitung", 18 Ann Str., New-York.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Handelsgericht Zürich.

7. Juni 1889.

Suler, Bankgeschäft, Zürich, Kläger,
gegen
J. Braunschweig, jgr., Hottingen, Beklagten.

Kommission.

Forderung eines Börsenagenten (als Commissionär) auf Erstattung der für den Komittenten gemachten Verwendungen (Art. 439 des O.-R.).

Hauss-Spekulation. Einwendung des Beklagten, daß Kläger zu der vorgenommenen Ultimoliquidation nicht berechtigt gewesen sei, sondern seine Position hätte reportiren sollen und daß derselbe eventuell jedenfalls zu früh und unrichtig liquidirt habe, weßhalb er die Ergebnisse der Liquidation nicht anzuerkennen brauche, sondern gegentheils Schadenersatz fordern könne.

Die Parteien stehen seit längerer Zeit in der Weise in Geschäftsverbindung, daß der Beklagte, dessen Geschäftsbranche laut Eintrag im Handelsregister Fellhandel und Effectengeschäft ist, die Dienste des Klägers als Commissionär in Anspruch nahm behufs Vermittlung und Besorgung von Ein- und Verkäufen von Werthpapieren auf den Plätzen Zürich und Paris. Die jeweiligen Geschäftsabschlüsse folgten auf Rechnung und Gefahr des Beklagten, aber auf den Namen des Klägers und zwar diejenigen auf dem Platze Zürich nach den Statuten und Usancen der Zürcher Effectenbörse, diejenigen auf dem Platze Paris nach den Usancen der Pariser Börse. Eine vom Kläger am 26. Februar 1889 ertheilte Abrechnung per Ende jenes Monates, schließend mit einem Saldo von 385 Fr. 90 zu Lasten des Beklagten, wurde von diesem anerkannt und reglirt, fällt also außer Streit.

Der Beklagte erhielt ferner unterm 4. März über seine in Paris per Ende Februar zur Abwicklung gelangten Operationen vom Kläger folgende Abrechnung:

„Sie haben in Paris gekauft:

50 Actien Rio Tinto à 518. 75	Fr. 25,973. 50
50 „ „ „ à 412. —	„ 20,600. —
200 Crédit Lyonnais à 718. 75	„ 93,750. —
Courtage in Paris: 1/8 % von 46,537. 50	„ 58. 20
Uebertrag	Fr. 140,381. 70

Uebertrag	Fr. 140,381. 70
1 ‰ von Fr. 143,750	„ 143. 75
Meine Commission 1 ‰	„ 143. 75
und von 46,537. 50	„ 21. 75
	Fr. 140,701. 50

Es wurden für Sie in Report gegeben:

100 Rio Tinto à 405. — =	Fr. 40,500	
200 Crédit Lyonnais à 718. 75 =	„ 93,750	Fr. 134,250. —
Saldo zu meinen Gunsten		Fr. 6,451. 50
à 100. 30		„ 6,470. 85

An diesen Saldo sind am nämlichen 4. März 5000 Fr. bezahlt worden, sodaß bloß noch restiren 1470 Fr. 85, welcher Betrag als erste Klagepost mit Zins à 6 % seit dem 5. März 1889 geltend gemacht wird.

Schon Ende Februar 1889 erklärte der Kläger mündlich, sein Engagement sei der Art, daß er 5000 Fr. Deckung verlangen müsse, worauf sich Braunschweig damit einverstanden erklärte, daß 50 Stück Arth-Rigibahn-Actien, die er damals zu beziehen gehabt hätte, als Deckung beim Kläger verbleiben.

Am 7. März schrieb Kläger an den Beklagten: „In Folge eingetretener Baisse auf der ganzen Linie und gestützt auf die sehr starke Position, die Sie bei mir haben, sehe ich mich veranlaßt, Sie zu ersuchen, mir umgehend eine Baarzahlung von 5000 Fr. zukommen zu lassen, was Sie Angesichts der eingetretenen Verhältnisse billig finden werden.“ Am 9. März folgte ein zweiter Brief, dahin gehend: „Laut soeben eingetroffenen Pariserdepeschen müssen die Sachen dort sehr schlimm stehen. Man glaubt an eine bevorstehende ernste Krisis, von der alle Bankinstitute könnten betroffen werden. In Anbetracht Ihrer sehr starken Position bin ich gezwungen, sofort eine Deckung von 10,000 Franken zu verlangen, sonst kann ich die Position nicht so fortbestehen lassen.“ Am 11. März endlich verlangte der Kläger eine Deckung von 20,000 Fr. bis Abends 4 Uhr, „ansonst ich gezwungen bin, Ihre Position in Paris zu liquidiren. Mein Agent in Paris verlangt sofortige Deckung und ist es meine Pflicht, Ihnen dieß mitzutheilen. Sie werden begreifen, daß ich bei dieser eingetroffenen Baisse gedeckt sein will. Erwarte also unbedingt Ihre Zahlung.“ Mit Brief vom 13. März meldet der Kläger, daß es ihm unmöglich sei, die 200 Crédit Lyonnais in Paris zu reportiren, weßhalb er um sofortige Mittheilung ersuche, ob Beklagter dieselben verkaufen oder beziehen wolle. Er hat dieselben dann aber doch reportirt, und zwar, wie der Beklagte behauptet, auf die Vorstellungen seines Freundes Lang hin.

Am 15. März übermittelte der Kläger dem Beklagten Liquidationsrechnung bezüglich der Pariser-Operationen *per Medio*. Dieselbe lautet:

„Sie haben in Paris gekauft:

	Frcs.
200 Actien Credit Lyonnais à 719. 32½	143,865. —
100 Lombards à 234. 50	23,450. —
Courtage in Paris auf 143,865	143. 90
„ „ „ „ 100 Lombards	50. —
Meine Commission auf 200 Crédit Lyonnais	143. 90
Meine Commission auf 100 Lombards	50. —
Depeschen und Porti	9. —
	167,711. 80

Es wurden für Sie reportirt:

	Frcs.	
200 Crédit Lyonnais à 665 =	133,000	
100 Lombards à 225 =	22,500	155,000. —
Saldo zu meinen Gunsten		12,211. 80
à 100. 37½		Fr. 12,257. 60,

deren Anschaffung ich bis Morgen Vormittag gewärtige.“

Beigefügt ist: „Ich schließe Reportschlußzeddel bei, laut welchem Sie in Paris Käufer bleiben von:

200 Crédit-Lyonnais à 664,$^{65}/_{250}$
100 Lombards à 225,27½

per ultimo dieß, was Sie durch Unterzeichnung der Beilage gefl. bestätigen wollen.“

Die Report-Operation bestand also, wie wir aus dieser Liquidationsrechnung per Medio März und dem genannten Zusatz ersehen, darin, daß der Beklagte die nämlichen Papiere, die er Ende Februar auf Termin (und zwar auf Mitte März) gekauft hatte, am Lieferungstage zum Tageskurs (der geringer war als der Einkaufspreis) an seinen Verkäufer gegen

baar zurückverkaufte, mit ihm abrechnete (welche Abrechnung eine Saldoschuld seinerseits von 12,257 Fr. 60 ergab) und endlich die gleichen Papiere sofort wieder auf Termin (Ende März) zurückkaufte, darauf spekulirend, die Haussbewegung müsse nun kommen und könne er so nicht nur den erlittenen Verlust decken, sondern gleichzeitig noch einen Gewinn machen.

Der Kläger blieb auf alle seine Briefe und Rechnungen ohne Antwort. Braunschweig hatte nämlich dieselben wohl erhalten, allein er war krank und zwar nach seiner Behauptung derart, daß er zu jeder geschäftlichen Disposition absolut unfähig gewesen sei. Thatsache ist, daß Dr. med. Schläpfer bezeugt, Braunschweig sei am 8. März wegen Scharlach, sehr schweren Charakters, complicirt durch Diphteritis, in seine Behandlung gekommen und von da an in Folge andauernd hoher Fieber geistig und physisch so deprimirt gewesen, daß er während 3 Wochen den Lauf der Geschäfte nicht habe verfolgen und noch weniger geschäftlich disponiren können.

Am 20. März begann der Kläger mit seiner Liquidationsdrohung Ernst zu machen, denn er verkaufte an diesem Tage für den Beklagten auf der Zürcherbörse 75 Nordostbahn-Stamm-Aktien, die er per ultimo März für denselben eingekauft hatte und zwar trat er dabei als Selbstkäufer auf. Die Abschlüsse erfolgten:

25 N O B Stamm à 547	=	Fr. 13,675. —
25 N O B Stamm à 546. 50	=	„ 13,662. 50
25 N G B Stamm à 544	=	„ 12,600. —
		Fr. 40,937. 50
abzüglich Commission etc.		„ 21. 40
		Fr. 40,916. 10

In dem Begleitschreiben vom 20. März, mittelst welchem Kläger dem Beklagten die Abschlüsse bezüglich dieser 75 Actien übermachte, ist gesagt: „Ich muß absolut darauf dringen, daß Ihre Position bei mir erleichtert wird. Zu verschiedenen Malen habe ich Sie ersucht, mir Deckung zu leisten, jedoch stets vergebens und werden Sie nun einmal begreifen, daß ich nicht länger unnütz zuwarten kann. Ihren Passivsaldo per Medio haben Sie mir auch noch nicht regulirt, sodaß ich denselben von mir aus vorschießen mußte. Von Paris aus wird ebenfalls weitere Deckung verlangt, weßhalb ich Sie neuerdings ersuchen muß, mir eine Anzahlung zu leisten. Ich fahre fort, weiter für Sie zu liquidiren. Wegen Unwohlsein habe ich stets große Rücksicht getragen, allein es ist mir absolut unmöglich, Ihre Position ohne sofortige Deckung weiter zu führen.“

Am 21. März verkaufte der Kläger weiter für den Beklagten auf der Zürcherbörse 75 Nordostbahn-Stamm-Actien, die er per ultimo März für denselben eingekauft hatte und trat auch hier wieder als Selbstkäufer auf. Die Abschlüsse erfolgten:

25 N O B Stamm à 545	=	Fr. 13,625. —
50 N O B Stamm à 545	=	„ 27,250. —
50 N O B Stamm à 545,50	=	„ 27,275. —
		Fr. 68,150. —
Abzüglich Commission		„ 35. 30
		Fr. 68,114. 70

Eerner verkaufte er an diesem Tage an der Pariser Börse 100 Crédit lyonnais à 660.

Diese Abschlüsse wurden dem Beklagten sofort notificirt und es folgten ihnen am 22. März zwei weitere; denn an diesem Tage verkaufte der Kläger:

1. auf der Zürcherbörse (speziell auf der sogenannten Orsinibörse) 25 Actien der Eidg. Bank à 593 - Fr. 14,825. —,
2. auf der Pariser Börse 100 Lombards à 227,50.

Am gleichen 22. März schrieb Kläger an den Beklagten: „Bis zur Stunde bin ich ohne irgend welche Antwort auf mein Ergebenes vom 20. ds. Mts. geblieben, was mich wirklich in Erstaunen setzt. Da Sie mir absolut keine Deckung geleistet haben, so bin ich gezwungen, Seitens meines Agenten in Paris die Position zu verkleinern, ebenfalls habe ich dieß *hier* gethan und glaube bis dahin nicht schlecht gethan zu haben. Es naht nun die Liquidation per Ende etc. und will ich Sie mit Gegenwärtigem anfragen, ob Sie gedenken zu liquidiren oder zu beziehen, indem es mir unmöglich ist, Ihre Position ohne verlangte Deckung weiter zu führen. Zugleich mache Sie darauf aufmerksam, daß ich mein

Guthaben bis spätestens am 28. ds. gewärtige, ansonst ich andere Schritte thun müßte, was mir sehr unangenehm wäre."

Am 23. März verkaufte Suter ferner für den Beklagten:

1. auf der Zürcherbörse: 25 N O B Stamm à 545 = Fr. 13,625;
2. auf der Pariserbörse: 100 Crèdit lyonnais à 680 Fr.;

und am 25. März:

1. Auf der Zürcher-*(Orsini)*-Börse: 100 Schweiz. Unionsbank à 617 = Fr. 61,700.
2. An der Pariser Börse: 100 Rio tinto à 288 Fr. 75.

Am gleichen Tage schrieb er dem Beklagten, daß wenn er bis Morgen Abend den 26. März keine Deckung habe, er die *ganze* Position liquidire und daß wenn bis zum 28. März Vormittags keine Zahlung erfolge, er gerichtliche Schritte thun müsse.

Es kam weder Antwort noch Geld und Suter schritt daher am 26. März zur gänzlichen Durchführung der schon am 20. März begonnenen Liquidation. Er verkaufte auf der Zürcherbörse:

	Frcs.
150 Union Suisse-Stamm à 499	74,850. —
25 St. Galler Unionsbank à 610 (im Orsini)	15,250. —
25 St. Galler Unionsbank à 615 (Hauptbörse)	15,375. —
50 St. Galler Unionsbank à 614	30,700. —
100 N O B Stamm à 538,50	53,850. —
150 N O B „ à 538	80,700. —
25 Bank Winterthur à 500	12,500. —
25 „ „ à 499,50	12,487. 50
	295,712. 50
abzüglich Commisson etc.	152. 90
	295,559. 60

Am 28. März übermachte Kläger dem Beklagten die Liquidationsrechnung bezüglich der Ein- und Verkäufe auf dem Platze Zürich per Ultimo März mit einem Passivsaldo zu dessen Lasten im Betrage von

	Fr. Rp.
	10,446. 40
und am 30. März folgte die Liquidationsrechnung per ultimo März	
Uebertrag	10,446. 40
über An- und Verkauf der Crédit lyonnais, Lombards und Rio tinto in Paris mit einem Passivsaldo zu Lasten des Beklagten im Betrage von	11,373. 60
zusammen	21,820. —,
wovon der Kläger in Abzug bringt: „Die aus Ihrem (des Beklagten) Depot bei mir (Suter) verkauften 50 Rigibahnactien à 146 =	7,299. 60,
sodaß aus der *ganzen* Ultimoliquidation ein Saldo zu Gunsten des Klägers verbleibt von	14,520. 40,
wozu kommen: der Saldo per Ende Februar mit	*1,470. 85
und per Medio März mit	12,257. 60,
sodaß sich ein Gesammtguthaben des Klägers ergibt von	28,248. 85.

Endlich am 1. April ließ sich der Beklagte wie folgt vernehmen: „Nachdem ich mich von meiner schweren Krankheit etwas erholt, wurden mir diesen Vormittag Ihre sämmtlichen Korrespondenzen, die Sie während meiner Krankheit an mich abgehen ließen, vorgelegt. Ich traute meinen Augen kaum, aus Ihren Briefen zu entnehmen, wie Sie mit meinen Positionen, während ich schwer krank zu Bette lag, verfahren sind. Sir werden begreifen, daß ich ein solches Verschleudern ohne einen Auftrag zum Verkauf gegeben zu haben, sowie auch Ihre Liquidationsrechnungen nicht anerkennen kann. Selbst die Ihnen in Depot als Deckung gegebenen 50 Arth-Rigi haben Sie ohne Auftrag verschleudert. Wer Ihnen solche Rechte einräumt, weiß ich nicht. Ich ersuche Sie, in Ihrem Interesse die Angelegenheit ruhen zu lassen, bis ich wieder hergestellt bin, um dann die Sache vielleicht auf gütlichem Wege ordnen zu können. Sollten Sie aber Vergnügen daran finden, während meiner Krankheit rechtlich vorzugehen, so mag Ihnen solches nicht rauben."

Der Kläger begründete sein Vorgehen am 2. April mit dem Ausbleiben der verlangten Deckung, dem großen Risiko und der Thatsache, daß Lang, der Freund Braunschweigs, der während der ganzen Krankheit des letz-

tern, au courrant gehalten worden sei, die Berechtigung seiner Art und Weise des Vorgehens eingesehen habe.

Der Beklagte blieb renitent und es leitete deßhalb Kläger am 25. April beim Handelsgericht Klage ein über die Frage, ob letzterer nicht schuldig sei, ihm 28,248 Fr. 85 nebst Zins zu bezahlen.

Der Beklagte ließ auf gänzliche Abweisung der Klage antragen, indem er in der Hauptsache geltend machte:

1. Der Kläger habe sämmtliche Papiere auf der hiesigen und der Pariser Börse für ihn eingekauft, ohne den Namen des Verkäufers zu nennen und sei somit ihm gegenüber als Selbstverkäufer zu behandeln. Als solcher habe ihm die Verpflichtung obgelegen, die verkauften Titel auf den Lieferußgstermin (ultimo März) zu beschaffen, dieser Verpflichtung sei er aber nicht nachgekommen, sondern habe sich gegentheils durch die eigenmächtige Liquidation der Titel in die Erfüllungsunmöglichkeit versetzt. Da es sich um ein Fixgeschäft handle, sei der Beklagte gemäß Art. 123 des O.-R. zum Rücktritt berechtigt und könne deßhalb für die Liquidationssaldi per Ultimo März von zusammen 21,820 Fr. nicht verantwortlich gemacht werden; wohl aber sei ihm der Kläger für den Schaden verantwortlich, den er durch den unzeitigen Verkauf seiner Papiere erlitten habe und dieser Schaden übersteige die beiden Posten von 1470 Fr. 85, Passivsaldo per Ende Februar, und 12,257 Fr. 60, Passivsaldo per Medio März, die er abgesehen von 106 Fr. Commissionsgebühr bei der ersten und 96 Fr. 95 Rp. Commissionsgebühr bei der zweiten Post an sich anerkenne bezw. es übersteige der Schaden den Saldo, den er auf diesen Posten schulden würde, nach Abrechnung seines Guthabens aus dem Verkauf der Arth-Rigiactien. Der Kläger habe in seinen Rechnungen vom 4. und 15. März 1 ‰ Commissionsgebühr berechnet, währenddem er nach allgemein gültiger Usance und spezieller Vereinbarung nur ½ ‰ zu berechnen befugt gewesen sei, was eine Reduktion der beiden Rechnungssaldi um 106 Fr. und 96 Fr. 95 zur Folge habe.

2. In den Rigibahnactien habe Kläger eine Deckung von mindestens 8000 Frkn. gehabt und zwar ohne irgend einen Rechtsanspruch darauf zu besitzen. Alle Deckungsbegehren seien unbegründet gewesen, nachdem Kläger die Besorgung seines Einkaufsauftrages ohne Stipulation einer bezüglichen Verpflichtung übernommen habe und angesichts der Ungewißheit, ob und in welchem Umfange überhaupt eine Schuld existent werde. Der Kläger könne also die eigenmächtige Liquidation per Ende März nicht mit dem Hinweis auf die Nichtleistung der verlangten Deckung rechtfertigen. Aber auch damit lasse sich dessen Vorgehen nicht entschuldigen, daß der Beklagte seine Briefe nicht beantwortet habe, denn dessen Krankheit habe ihm dieß absolut verunmöglicht. Niemand habe mit ihm verkehren dürfen, auch sein Freund Lang nicht und sei es also eine Unwahrheit, daß letzterer ihn von den klägerischen Briefen und Rechnungen unterrichtet habe; vor dem 1. April habe er von diesen Urkunden gar nichts gewußt, dagegen sei Kläger durch Lang über den Verlauf der Krankheit des Beklagten fortwährend unterrichtet worden.

3. Angesichts der dem Kläger bekannten Krankheit des Beklagten und der daherigen Unmöglichkeit des letztern, selbst zu disponiren, Aufträge zu ertheilen etc., hätte die Liquidation der Ultimo-März-Position nicht befördert, sondern hinausgeschoben werden sollen. Bei der damals eingetretenen Baisse auf der ganzen Linie hätte dem Beklagten die Möglichkeit der Reportirung seiner ganzen Position erhalten werden sollen und er würde unzweifelhaft auf Ende April reportirt haben. Der Kläger habe wissen müssen, daß sich die Verhältnisse wieder bessern und es sei derselbe daher für den Schaden verantwortlich, der dadurch entstanden sei, daß er die Reportirung auf Ende April durch seine vorschnelle Liquidation verunmöglicht habe. Dieser Schaden betrage 33,922 Fr. 50 Rp., was sich aus folgender Tabelle ergebe:

Nach den Kursen vom 29. April 1889 hätte eine damalige Liquidation ergeben:

			Fr.			Fr.				Fr.
Für	25	N O B Stamm	582. —	*per Stück* statt bloß		547. —	am 20. März, Differenz			875. —
„	25	„ „	582. —	„ „	„	546. 50	„ 20.	„	„	887. 50
„	25	„ „	582. —	„ „	„	544. —	„ 20.	„	„	950. —
„	100	Credit lyonnais	692. —	„ „	„	660. —	„ 21.	„	„	4200. —
„	25	N O B Stamm	582. —	„ „	„	545. —	„ 21.	„	„	925. —
„	50	„ „	582. —	„ „	„	545. —	„ 21.	„	„	1850. —
„	50	„ „	582. —	„ „	„	545. —	„ 21.	„	„	1850. —
„	25	eidgen. Bank	595. 50	„ „	„	593. —	„ 22.	„	„	62. 50
„	100	Lambards	243. —	„ „	„	227. 50	„ 22.	„	„	1550. —
„	25	N O B Stamm	582. —	„ „	„	545. —	„ 23.	„	„	925. —
„	100	Lyonnais	692. —	exclus. Coupons 20		680. —	„ 23.	„	„	3200. —
„	100	Unionbank	640. —	*per Stück* statt bloß		617. —	„ 25.	„	„	2300. —
„	100	Union Suisse	534. —	„ „	„	499. —	„ 26.	„	„	3500. —
„	25	Unionsbank	640. —	„ „	„	610. —	„ 26.	„	„	750. —
„	50	Bk. Winterthur	508. —	„ „	„	499¾	„ 26.	„	„	412. 50
„	25	Unionsbank	640. —	„ „	„	615. —	„ 26.	„	„	625. —
„	50	„	640. —	„ „	„	614. —	„ 26.	„	„	1300. —
„	50	Union Suisse	534. —	„ „	„	499. —	„ 26.	„	„	1750. —
„	100	N O B Stamm	582. —	„ „	„	538. 50	„ 26.	„	„	4350. —
„	150	„ „	582. —	„ „	„	538. —	„ 26.	„	„	6666. —
									Summa	38897. 50,

abzüglich: Kosten der Reportirung	Fr. 2500. —	
Mehrerlös auf 100 Rio tinto gegen Ende April	„ 2475. —	4975. —
		33,922. 50

welcher Betrag als Schadenersatz zur Compensation verstellt werde.

4. Wolle man aber auch von der Reportirung absehen, so sei doch die Liquidation viel zu früh begonnen worden und hätte damit bis Ende März bezw. 2. April zugewartet werden sollen. In diesem Falle wären mehr erlöst worden:

	Frcs.
Für 100 Credit Lyonnais 670 Fr. ex coupons 10 Fr. (Kurs vom 2. April) statt blos 660 Fr. am 21. März, Differenz	2000. —
Für 100 Rio tinto 306¾ Fr. (Kurs vom 2. April) statt bloß 288 Fr. 75 am 25. März, Differenz	1800. —
Für 100 Unionsbank 622 Fr. (Kurs Ende März) statt bloß 617 Fr. am 25. März, Differenz	500. —
Für 100 U. Suisse Stamm 503 Fr. (Kurs Ende März) statt bloß 499 Fr. am 26. März, Differenz	400. —
Für 25 St. G. Unionsbank 622 Fr. (Kurs Ende März) statt bloß 610 Fr. am 26. März, Differenz	300. —
Uebertrag	5000. —

	Frcs.
Uebertrag	5000. —
Für 50 Bank Winterthur 502 Fr. (Kurs Ende März) statt bloß 500 und 499½ Fr. am 26. März, Differenz	100. —
Für 75 St. G. Unionsbank 622 Fr. (Kurs Ende März) statt bloß 514/515 Fr, am 26. März, Differenz	575. —
Für 50 Union Suisse 503 Fr. (Kurs Ende März) statt bloß 499 Fr. am 26. März, Differenz	200. —
Für 250 N O B Stamm 542 Fr. (Kurs Ende März) statt bloß 538½ u. 538 Fr. am 26. März, Differenz	950. —
Summa	6825. —
Dazu komme der Schaden auf den 50 Arth-Rigi-Aktien, die Kläger auf keinen Fall zu verkaufen berechtigt gewesen und deren Kurs schon am 30. März bedeutend höher gewesen sei als am 28. März, dem Liquidationstage	700. —
Uebertrag	7525. —

	Frcs.
Uebertrag	7525. —
Weitere	6000. —
seien dadurch verloren gegangen, daß die Papiere in zu großen Quantitäten auf den Markt geworfen und dadurch der Preis herabgedrückt worden sei,	
sodaß also jedenfalls ein Schaden von	13525. —

vergütet werden müsse.

Speziell bestritten werde auch der Verlust auf den Verkäufen im Orsini, weil dieselben nicht offiziell und nicht in gesetzlicher Art vorgenommen worden seien. Nach den Statuten der hiesigen Börse habe der Kläger überhaupt nicht für sich kaufen dürfen.

Die Klage wurde in vollem Umfange gutgeheissen.

Gründe:

1. Die Pariser Abrechnung vom 4. März mit einem Saldo zu Lasten des Beklagten

von	Fr. 6470. 85,
an welchen eine Zahlung von	„ 5000. —

geleistet wurde, also von heute noch Fr. 1470. 85, ist im Prinzipe anerkannt; es will vom Beklagten lediglich in Abzug gebracht werden ein Betrag von Fr. 106, als die Hälfte von folgenden 3 Posten:

1 ‰ Commission von	143,750 =	Fr. 143. 75
1 ‰ „ „	46,537 =	„ 46. 55
Depeschen und Porti		„ 21. 75
		Fr. 212. 05

Der Beklagte behauptet nämlich, es dürfe nach allgemein gültiger Usance für Besorgung der in Frage stehenden Geschäfte nicht 1 ‰, sondern bloß ½ ‰ Provision verrechnet werden, dieser Ansatz sei auch ausdrücklich zwischen den Parteien so vereinbart worden. Letzteres wird klägerischerseits bestritten und ist durch das einzig angerufene Beweismittel der persönlichen Befragung nicht hergestellt worden; es wird daher auf die Usancen abzustellen sein, welche die Contrahenten als Bestandtheil ihrer vertraglichen Vereinbarung angesehen haben. Laut § 3 der Statuten und Usancen der Effectenbörse in Zürich vom Jahre 1886 beträgt die offizielle Courtage 1 ‰; damit ist die Behauptung, die Berechnung von ½ ‰ entspreche einer allgemeinen Uebung, widerlegt und es darf jener Ansatz von 1 ‰ so lange auch für die Geschäfte auf dem Platze Paris als maßgebend betrachtet werden, als der Beklagte nicht die Existenz eines abweichenden Platzgebrauches darthut, ein derartiges Beweisanerbieten ist aber nicht gemacht worden.

Aus den gleichen Gründen ist auch der versuchte Abzug an der Pariser Abrechnung per Medio März von 96 Fr. für angeblich zu viel berechnete Provisionen unbegründet und demgemäß der ganze Saldo von 12,257 Fr. dem Beklagten zu belasten, vorbehältlich allfälliger Gegenforderungen desselben aus dem Titel Schadenersatz wegen vertrags- und auftragswidriger Ausführung der dem Kläger übertragenen Geschäfte.

2. Der Beklagte ficht nämlich die durch den Kläger vom 20. bis 26. März vorgenommene Liquidation der auf Ende März gekauften Titel an, weil dieselbe vorzeitig und ohne Auftrag vorgenommen worden sei; er macht geltend, der Kläger sei verpflichtet gewesen, auf Ende März zu liefern, er hätte nun diesen Zeitpunkt abwarten und gewärtigen sollen, ob der Beklagte Liquidation eintreten lassen oder reportiren lassen wolle. Gerade bei der damals eingetretenen Baisse hätte die Liquidation hinausgeschoben und dem Beklagten die Möglichkeit der Reportirung seiner ganzen Position erhalten werden sollen. Wenn der Beklagte von einem Fixgeschäft spricht und aus der Nichterfüllung der Verpflichtung des Klägers, die Papiere auf Ende März zu liefern, herleitet, daß dieser von ihm ebenfalls nicht Erfüllung verlangen könne, so will damit offenbar gesagt werden, es liege der Fall vor, wo der Commissionär die Ausführung des Auftrages meldet, ohne eine andere Person als Verkäufer zu nennen und somit gemäß Art. 446 als Selbstkontrahent zu betrachten ist. Es ist nun aber für den Entscheid des Prozesses völlig gleichgültig, ob man annimmt, es sei der Kläger dem Beklagten gegenüber als Selbstverkäufer eingetreten oder nicht; denn im erstern Falle hatte er einfach die Verpflichtung, die Waare zu liefern gegen Baarzahlung, im andern Fall die ganze Position, wie er sie von dem dritten

Verkäufer erworben, auf den Beklagten in Activen und Passiven zu übertragen. Im einen wie im andern Falle sind, wenn der Kläger nicht aus besondern Gründen berechtigt war, vor dem Lieferungstermin wieder zu verkaufen, die klägerischen Forderungen zu streichen. Betrachtet man nämlich den Kläger als Selbstverkäufer, so kann er, da er seinerseits nicht erfüllt, nicht geliefert hat, auch vom Beklagten nicht Bezahlung verlangen, betrachtet man ihn als Commissionär und setzt er sich in die Unmöglichkeit, den erhaltenen Auftrag zu erfüllen, so kann er nicht verlangen, daß ihm seine Auslagen und Verwendungen ersetzt werden.

3. Die Frage ist also die, ob der Kläger zur Vornahme der Liquidation, so wie sie erfolgt ist, berechtigt gewesen sei und deren Beantwortung hängt vor Allem davon ab, welcher Art der ihm ertheilte Kommissionsauftrag gewesen ist.

Auf Grund der vorliegenden Correspondenz ist ohne Weiteres klar, daß es sich von Anfang an nicht um Ertheilung eines einfachen Einkaufsauftrages gehandelt hat, mit dessen Ausführung der Commissionär seine Pflicht erfüllt gehabt hätte. Dies geht daraus hervor, daß mit der Bewerkstelligung des Einkaufs der Papiere nicht sofort Rechnung gestellt und das Weitere dem Committenten überlassen wurde, sondern daß der Kläger den Kurs der eingekauften Papiere fortwährend überwachte und dem Beklagten die erforderlichen Nachrichten gab, denselben auch mit Bezug auf einzelne Papiere anfragte, ob er sie zu verkaufen oder zu beziehen gedenke. Der Auftrag an den Kläger war nicht nur auf Abschluß eines einfachen Lieferungsgeschäftes gerichtet, das durch Uebergabe der Papiere und Bezahlung des Kaufpreises am Lieferungstermin seine Erledigung gefunden hätte, sondern es war offenbar von Anfang an in Aussicht genommen, daß entweder Ende März bezogen oder bezahlt oder je nach Umständen liquidirt werden solle, wobei es weiter die Meinung hatte, daß der Beklagte sich auch für die dereinstige endliche Abwickung der Geschäfte der Dienste des Klägers bedienen werde. Dafür, daß die Erfüllung der Geschäfte eher im Wege der Börsenliquidation gedacht war, spricht einerseits der Umstand, daß dies das Gewöhnliche und im Zweifel anzunehmen ist (vergl. Endemann, Handbuch des Handelsrechts III pag. 6 oben), anderseits und ganz entscheidend die große Menge der gekauften Werthpapiere. Der Beklagte behauptet auch nicht, daß er die Papiere in Wirklichkeit habe beziehen wollen, ficht also die Liquidation als solche nicht an, sondern nur wegen des ungünstigen Zeitpunktes und der Art und Weise, wie sie vorgenommen wurde.

4. Wenn der Beklagte behauptet, daß der Kläger unter allen Umständen den Lieferungstermin hätte abwarten und ihm die Möglichkeit offen lassen sollen, die Erfüllung der pendenten Geschäfte durch Abschluß eines Reportgeschäftes bis zur Zeit einer günstigern Kursbewegung hinauszuschieben oder dann hätte der Kläger selbst reportiren sollen, so ist zunächst festzustellen, daß der Beklagte nicht etwa behaupten kann, dem Kläger je eine dahin zielende Instruktion gegeben zu haben, es kann also nicht davon die Rede sein, daß der Kläger kraft Auftrages zum Abschluß eines Reportgeschäftes verpflichtet gewesen sei. Die Darstellung des Beklagten geht nur dahin, daß unter den obwaltenden Umständen die Reportirung richtig und geboten gewesen sei. Allein abgesehen davon, daß keineswegs feststeht, daß sich Jemand zur Vornahme eines solchen Reportgeschäftes gefunden hätte, kann der Kläger mit Fug und Recht geltend machen, der Beklagte habe durch sein Stillschweigen auf die verschiedenen Briefe das einzuschlagende Verfahren seinem (des Klägers) Ermessen überlassen.

5. Es unterliegt nämlich keinem Zweifel, daß die Meinung der Contrahenten von Anfang an die war, daß der mit den Börsenverhältnissen wohl vertraute Beklagte jederzeit in der Lage sei, auf bezügliche Anfragen seines Commissionärs über das weitere Verhalten in der Sache Bescheid zu ertheilen. Es geht dies daraus hervor, daß der Beklagte in der That wiederholt um solche Instruktionen gebeten worden ist und daß derselbe die betreffenden Briefe nur deßhalb nicht beantwortet haben will, weil er damals schwer

krank gewesen sei. Wenn nun der Kläger auf seine verschiedenen Anfragen und Mahnungen an den Beklagten, Deckung zu beschaffen, keine Antwort erhielt und fand, es sei angesichts der sinkenden Tendenz der Kurse angezeigt, zur Liquidation, d. h. zum Verkauf der Papiere zu schreiten, bevor noch ein größerer Schaden eintrete, so kann ihm der Vorwurf auftragswidriger und unsorgfältiger Geschäftsbesorgung um so weniger gemacht werden, als er in seinen Briefen auf diesen, nach seiner Ansicht einzig möglichen Ausweg hingewiesen hatte. Es durfte der Kläger, nachdem er sich vergeblich bemüht hatte, von seinem Commitenten Instruktionen zu erhalten, füglich annehmen, derselbe habe gegen die angedrohte Art und Weise der Erledigung der pendenten Postionen nichts einzuwenden.

6. Der Beklagte macht zwar geltend, aus seinem Stillschweigen auf die verschiedenen Briefe des Klägers könne deshalb nichts zu seinen Ungunsten, namentlich nicht ein Einverständniß mit dem Vorgehen des Klägers hergeleitet werden, weil letzterer von seinem gesundheitlichen Zustand, der jede geschäftsliche Thätigkeit ausgeschlossen habe, fortwährend unterrichtet gewesen sei. Der Beklagte hat ferner zum Beweise verstellt, daß sein Freund Lang den Kläger mehrere Male nachdrücklich ersucht habe, zuzuwarten mit dem Bemerken, er (Kläger) riskire ja im schlimmsten Falle nichts, und daß Lang, als Suter schließlich erklärt habe, er müsse absolut bis zum 28. oder 29. Geld haben, ansonst er die Position verkaufen lassen werde, den Kläger auf seine Verantwortlichkeit aufmerksam gemacht habe.

Was nun die Krankheit des Beklagten belangt, so läßt dieselbe sein Stillschweigen aus dem einfachen Grunde nicht als entschuldigt erscheinen, weil, wie der klägerische Anwalt richtig ausführt, seine Stellung als eines im Firmaregister eingetragenen Kaufmannes ihm die Pflicht auferlegt, für Fälle persönlicher Verhinderung, durch Abwesenheit, Krankheit u. s. w. einen Vertreter zu bestellen, der im Stande ist, die pendenten Geschäfte zu besorgen, und dieser Satz trifft gewiß nicht am Wenigsten bei dem Inhaber eines Effectengeschäftes zu, der an der Börse Spekulationsgeschäfte in dem Umfange betreibt, wie der Beklagte.

Das Beweisanerbieten für Schritte, die der Freund des Beklagten, Lang, gethan haben soll, um den Kläger zu bewegen, zuzuwarten und von einer sofortigen Liquidation abzusehen, ist irrelevant, denn es hatte Suter keine Veranlaßung, sich auf die Gesuche und Räthe des Lang einzulassen, so lange dieser sich nicht über seine Eigenschaft als Vertreter des Beklagten auswies; daß dies geschehen sei, ist nicht behauptet, und noch viel weniger ist bewiesen, daß ein solches Vertretungsverhältniß thatsächlich existirt habe. Es hat auch nicht etwa vorgebracht werden können, daß Lang sich irgendwie verbindlich gemacht habe, für einen allfälligen Risiko einzustehen oder Deckung zu beschaffen.

7. Nach obigen Ausführungen erscheint das Vorgehen des Klägers als ein durchaus in den Verhältnissen begründetes und es kann sich nur noch fragen, ob die Art und Weise der Durchführung der Liquidation als unberechtigt und die Interessen des Committenten schädigend bezeichnet werden könne. In dieser Richtung wird dem Kläger vorgeworfen:

1. Der Kläger habe die Papiere nicht selbst verkaufen dürfen; nach § 9 der Usancen der hiesigen Effectenbörse seien Exekutionskäufe durch das Börsenkomite zu vollziehen;
2. der Kläger habe die Verkäufe theilweise nicht einmal an der Börse vorgenommen;
3. die Werthpapiere seien in solcher Menge auf den Markt geworfen worden, daß dies den Kurs ungünstig habe beeinflussen müssen.

Der erste Vorwurf wird dadurch beseitigt, daß es sich hier gar nicht um einen Exekutionsverkauf gehandelt hat. Gemäß § 5 der Usancen der hiesigen Effektenbörse finden Exekutionskäufe bezw. Verkäufe statt, wenn der Verkäufer mit der Ablieferung resp. der Käufer mit der Empfangnahme der Titel und Bezahlung des Kaufpreises im Verzuge ist. Dieser Fall liegt hier nicht vor, sondern es handelt sich um einen im Rahmen des dem Commissionär ertheilten Auftrages enthaltenen und im Interesse des Committenten vorge-

nommenen Liquidationsverkauf. Daß der Kläger unter dem jeweiligen Tagespreis verkauft habe, kann der Beklagte selbst nicht behaupten; was speziell die Verkäufe vom

22. März: 25 Actien Eidg. Bank zu 598
25. „ 100 „ Schw. Unionbank „ 617
26. „ 25 „ „ „ „ 610

betrifft, von welchen die beiden erstern an der sogenannten Orsinibörse sollen stattgefunden haben, so ficht der Beklagte dieselben an, weil nicht offiziell und nicht in gesetzlicher Weise vorgenommen; es genügt indessen, darauf zu verweisen, daß die Verkaufspreise dieser Posten mit den im Kursblatt der Zürcher Effektenbörse notirten Kursen übereinstimmen, um über diese Anfechtung hinwegzugehen.

Es ist übrigens dem Handelsgericht aus frühern Prozessen bekannt, daß nach den Gebräuchen der Pariserbörse eine Verpflichtung der Committenten zur Leistung eines Depot für Auslagen und anderweitige Risikos des Commissionärs besteht, und daß Letzterer, wenn Ersterer dem Begehren um Sicherheitsleistung nicht binnen kurzer Frist nachkommt, zur Exekution schreiten darf. Somit wäre das Vorgehen des Klägers auch vom Standpunkt einer zwangsweisen Liquidation ein durchaus berechtigtes gewesen.

Der Vorwurf, daß der Kläger zu große Quantitäten gleicher Papiere zur nämlichen Zeit auf den Markt geworfen habe, erledigt sich dadurch, daß wenn man einmal annimmt, er habe liquidiren dürfen, — die Furcht vor weiterem Preisrückgang ein beschleunigtes Handeln rechtfertigte.

8. Was endlich den Verkauf der 50 Arth-Rigibahn-Actien anbetrifft, welche der Kläger als Hinterlage erhalten hatte, so durfte derselbe diese Papiere nicht von sich aus zu Geld machen, bezw. an sich ziehen, sondern er hätte sich aus den Titeln allfällig auf dem Wege der Realisirung eines Faustpfandes decken können. Es hat indessen eine rechtswidrige Veräußerung resp. Verfügung über diese Papiere nur die Folge, daß der Kläger schadenersatzpflichtig würde. Ein solcher Schaden ist aber nicht nachgewiesen. Der Beklagte stellt in dieser Richtung einfach darauf ab, daß der Kurs der Arth-Rigibahn-Actien am 30. März bedeutend gestiegen gewesen sei und verlangt einen Betrag von Fr. 700 als Schadenersatz. Es ist aber einleuchtend, daß wenn der Verkauf der als Deckung gegebenen Titel ein mißbräuchlicher war, der Kläger dieselben auch am 30. März nicht veräußern durfte; es kommt also auf den damaligen Kurs überall nichts an. Der Beklagte hat aber in der Duplik selbst angeführt, daß der Kurs der Arth-Rigibahn-Actien heute noch unter dem ihm angerechneten Verkaufspreise stehe und deshalb die Offerte des Klägers, daß er ihm die 50 Actien wieder zur Verfügung halten wolle, zurückgewiesen. Es gebricht daher an dem Nachweis eines Schadens, woraus die vollständige Verwerfung der Gegenforderungen des Beklagten folgt.

Forderung
aus unerlaubter Handlung.

Ein Streit zwischen zwei Zeitungsredaktoren aus den Art. 50 und 55 des O.-R.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 13. Juli 1889.
Handschin ca. Kunz.

In der Bülach-Diesdorfer Wochenzeitung vom 23. Januar 1889 ist unter „Dielsdorf" folgender Artikel erschienen:

„Wieder ist eine vom Rost der Corruption „zerfressene, ehemalige Säule des hiesigen „„Systems" gefallen. Der frühere hiesige Filial„verwalter J. Boßhardt von Eglisau, hernach „in Folge seiner „Tüchtigkeit" zum Filial„inspektor der Kantonalbank befördert, sitzt „gegenwärtig wegen Betrügereien im Bezirks„gefängniß Dielsdorf. Seine Betrügereien da„tiren noch aus der Zeit seiner Filialverwal„tung, indem er namentlich im Conto-Corrent„verkehr den Creditoren kleinere Beträge „gutschrieb, als sie ihnen in Wirklichkeit zu„standen. Bei einem Geschäftsmann allein „soll die Differenz 4800 Fr. betragen haben, „von denen Boßhardt im Laufe der Zeit je„doch 2800 Fr. zurückbezahlte, um die Sache „zu vertuschen. Die Geschichte ist uns schon

„Anfangs voriger Woche bekannt geworden, „es hieß aber zugleich, daß durch gütliches „Abkommen die Strafklage unterdrückt werden solle, wie's ja so vielfach vorkommt bei „noblen Leuten. Fünfrappenschelme werden „bekanntlich früher und mit großem Geklatsch „und Gepränge der Strafe überliefert."

Darauf antwortete der *Lägernbote* in der Nummer vom 26. Januar 1889 folgendes:

„Wieder ist einer weisen Gans ein Ei entfallen. Scheuchzers Wochenzeitung bringt „unter Dielsdorf die Mittheilung der gegen „alt Filialverwalter und Inspektor Boßhardt „wegen Betrugs eingeleiteten Untersuchung „mit der Einleitung: „Wieder ist eine vom „Rost der Corruption zerfressene ehemalige „Säule des hiesigen Systems gefallen". In „That und Wahrheit nicht unrichtig getroffen. „Das „hiesige" System, d. h. von Dielsdorf „ist die Demokratie, denn seit man unter„scheidet, System oder Demokratie, hat es in „Dielsdorf nur Demokratie, kein System oder „Systemler gegeben, in neuerer Zeit etwa „Biergesellen, Kaffee- oder Wassermannen „u. drgl. Aber der als Verbrecher entpuppte „Boßhardt darf nicht Demokrat sein, er muß „den Liberalen Dielsdorfs beigesellt werden. „Unter den Demokraten gibt es überhaupt „kein gefehltes Stück, also muß Boßhardt ein „Liberaler sein. Boßhardt stammt aber aus „der gut demokratischen Provinz Scheuchzers, „Eglisau; *demokratischer* Protektion soll er „die Verwalterstelle und die Erhebung zum „Inspektor zu verdanken haben. *Der un„trüglichste Beweis aber, zu welcher po„litischen Partei seines Herzens Neigung „den Bossardt hingezogen hat, liegt darin, „dass er Bürge ist für Gelder, mit denen „der Wehnthaler sein Leben fristet und „der Welt die Demokratie predigt.*"

Der Verleger des Wehnthaler, J. Handschin, hat den Druck und Verlag dieses Blattes seinerzeit käuflich erworben und die Druckerei eingerichtet. Nach seiner eigenen Darstellung hat er zur Bezahlung des Kaufpreises und der Einrichtung seiner Druckerei zunächst seine Ersparnisse im Betrage von mehreren tausend Franken verwendet und für den Rest bei der Kantonalbank ein Darleihen von 2500 Fr. erhoben, für welches ihm politische Freunde in Diesdorf Bürgschaft geleistet haben. Die Nichtwiederwahl des Lehrer Schlumpf in Dielsdorf hatte dann Differenzen zwischen Handschin und seinen Bürgen zur Folge und diese Differenzen führten zur Kündigung der Bürgschaft. Filialverwalter Boßhardt, der damals bei Handschin wohnte, übernahm es, demselben neue Bürgen zu suchen und es traten am 8. November 1886 als solche der Müller Anton Benz in Dielsdorf und Nationalrath Scheuchzer in Bülach ein. Diesen aber leistete Boßhardt Rückbürgschaft, wovon indessen Handschin keine Kenntniß gehabt zu haben scheint. Bis am 27. Mai 1888 hatte Handschin an Ratazahlungen 1000 Fr. abbezahlt und war somit nur noch 1500 Fr. schuldig, für welchen Betrag am genannten Tage an Stelle von Benz und Scheuchzer wieder andere Bürgen traten, was natürlich auch die Befreiung des Rückbürgen Boßhardt zur Folge hatte.

Handschin glaubte, der Schlußsatz des Artikels im Lägernboten, der Wehnthaler friste sein Leben aus Geldern, für die Boßhardt Bürge sei, gebe ihm gerechtfertigten Grund zu einer Schadenersatz- bezw. Genugthuungsklage aus den Art. 50 und 55 des Obl.-R. gegenüber dem Verfasser, dem Redaktor Heinrich Kunz in Regensberg, und er reichte deshalb wirklich am 15. Februar 1889 beim Bezirksgericht Dielsdorf eine bezügliche Weisung ein, laut welcher 3500 Frkn. verlangt wurden. Und das that Handschin, obgleich er sich am 2. Mai 1888 in einem der schweizerischen Volkszeitung entnommenen Artikel mit aller Entschiedenheit gegen zu leichte Berücksichtigung der sogenannten Satisfaktionsklagen aus dem Art. 55 des O.-R. ausgesprochen hatte. Sein Standpunkt war der, es enthalte jener Schlußsatz die Behauptung, daß er ökonomisch schlecht stehe, welche Behauptung seinen Credit geschädigt und ihn auch in seinen persönlichen Verhältnissen ernstlich verletzt habe.

Für die behauptete Creditschädigung berief man sich zweitinstanzlich auf das schriftliche Zeugniß eines David Utzinger, dahin gehend, daß nach dem Erscheinen des der Klage zu Grunde liegenden Artikels zwei Mal in seiner Wirthschaft von Gästen die Vermuthung ge-

äußert worden sei, daß es um die ökonomischen Verhältnisse des Herrn Handschin nicht glänzend stehen könne, sondern es damit ungeahnt einmal anders heißen werde.

Die Klage wurde von beiden Instanzen abgewiesen.

Gründe:

1. Soweit sich die Klage als eigentliche *Schadenersatz*klage darstellt, muß sie schon deßwegen verworfen werden, weil jeder Beweis dafür mangelt, daß das Erscheinen des der Klage zu Grunde liegenden Zeitungsartikels dem Kläger irgend einen Schaden zugefügt habe. Wenn der Letztere erstinstanzlich jedes dießfällige Beweisanerbieten deßwegen unterlassen hat, weil das Eintreten irgend eines Schadens selbstverständlich sei, für die Festsetzung des Quantitativs aber richterliches Ermessen genüge, so war das ganz unrichtig. Denn so klar es ist, daß Fälle vorkommen können, bei denen das Eintreten eines Schadens an sich sofort und ohne irgend ein Beweisverfahren erkennbar wird, so klar ist es auch, daß das nicht bei jeder Handlung der Fall und daß speziell in concreto davon keine Rede ist. Auch das zweitinstanzlich vorgelegte schriftliche Zeugniß des Utzinger beweist nichts für einen Schaden, denn die Thatsache, daß der betreffende Artikel einige Wirthshausgäste zur Außerung der Vermuthung veranlaßt hat, die ökonomischen Verhältnisse des Klägers möchten keine glänzenden sein, ist für sich allein ja natürlich nicht geeignet, irgend welchen Schaden als Folge des Artikels festzustellen.

2. Die Klage ist aber auch deßwegen, — und zwar sowohl vom Gesichtspunkte des Schadenersatzes wie von demjenigen der reinen Genugthuung (Art. 55) aus, — rechtlich nicht fundirt, weil eine widerrechtliche, unerlaubte Handlung des Beklagten gar nicht vorliegt und ebenso wenig von ernstlicher Verletzung der persönlichen Verhältnisse des Klägers gesprochen werden kann. Der Zweck des Artikels im Lägernbote war die Rückweisung der in der Bülacher-Zeitung aufgestellten Behauptung, daß der wegen eines gemeinen Verbrechens in Untersuchung gezogene Inspektor Boßhardt „eine ehemalige Säule des Systems gewesen sei" oder mit andern Worten, daß er der liberalen und nicht der demokratischen Partei angehört habe. Das liberale Blatt kann kaum getadelt werden, wenn es den geschmacklosen Versuch des demokratischen Blattes, einen moralisch gesunkenen Menschen der andern politischen Partei zuzuschieben, zurückwies. Ist dem aber so, so liegt eine unerlaubte Handlung sicherlich auch darin nicht, daß der Beklagte, um die Behauptung des politischen Gegners (des Verfassers jenes Artikels in der Bülacher-Wochenzeitung) zu widerlegen und gegentheils zu beweisen, daß Boßhardt der demokratischen Partei angehöre, auf die an sich wahre Thatsache hingewiesen hat, daß von dem letztern für Gelder Bürgschaft geleistet worden sei, welche der Wehnthaler, also ein *demokratisches* Blatt, aufgenommen hat. Die Thatsache ist durchaus geeignet, das Beweisthema zu stützen und der ganze Artikel zeigt, daß sie auch nur diesem Zwecke dienen sollte. Wenn damit gleichzeitig gesagt ist, der Wehnthaler verdanke seinen Bestand der Unterstützung politischer Freunde, so liegt darin überall kein gegen den Kläger gerichteter Vorwurf. Denn es ist an sich keineswegs etwas auffallendes und kommt häufig vor, daß ein politisches Lokalblatt nicht allein durch die Abonnemente bestehen kann, sondern der ökonomischen Hülfe politischer Gesinnungsgenossen bedarf und genießt. Es wäre durchaus falsch, wollte man aus dieser Thatsache den Schluß ziehen, daß der Eigenthümer des betreffenden Blattes ökonomisch schlecht stehe. Eine Behauptung im letztern Sinn enthält der Artikel des Lägernboten überall nicht und daß der Beklagte das auch gar nicht sagen, überhaupt in die persönlichen Verhältnisse des Klägers nicht eingreifen, sondern einfach die politische Partei, der dieser angehört, des Versuches wegen, den gesunkenen Boßhardt den Liberalen zuzuschieben, tadeln wollte, ergibt sich auch daraus, daß der Name des Klägers, als völlig nebensächlich, nirgends genannt und auch sonst in keiner Weise auf seine persönlichen Verhältnisse hingewiesen wird. Wenn einige Wirthshausgäste aus dem Artikel herausgelesen haben, es stehe der Kläger ökonomisch schlecht, so beweist das nur, daß

sie Schlüsse gezogen haben, die dem Wortlaut und dem Sinn des Artikels nicht entsprechen. Richtig ist nur, daß die gewählte Wortfassung: „mit denen der Wehnthaler sein Leben fristet", etwas Stoßendes hat und nicht gerade gebilligt werden kann. Allein es ist zu berücksichtigen, daß die Litiganten in ihren Blättern nicht immer in der gewähltesten Sprache mit einander verkehren und hierin der Kläger dem Beklagten in keiner Weise nachsteht.

Retentionsrecht des Vermiethers an Sachen Dritter.

Die Herausgabe des Retentionsobjectes an den dritten Eigenthümer auf Grund eines, den Retentionsanspruch verwerfenden rechtskräftigen Entscheides enthält zwar keinen Verzicht auf das zeitlich noch zuläßige Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde gegen den genannten Entscheid, macht dasselbe aber gegenstandslos, weil dem Ansprecher im Falle der Nichtigerklärung des Entscheides keine Klage auf Wiederherstellung des Besitzes zustände.

Kassationsgericht Zürich, 17. Juli 1889.

A. Landry in Neapel, Eigenthümer von Liegenschaften auf dem Uetliberg, Gemeinde Stallikon, hat für eine Miethzinsforderung an Frau S. Habisreutinger geb. Moser in Zürich in deren Konkurs ein Retentionsrecht an einem Klavier geltend gemacht, welches sich in den gemietheten Räumen befunden hat und unbestrittenermaßen Eigenthum der Gebrüder Hug, Musikalienhandlung in Zürich ist.

Mit Beschluß vom *13. März 1889* hat die Appellationskammer des Obergerichtes die Retentionsansprache des Landry abgewiesen, weil er beim Einbringen des Klaviers in die Miethräume gewußt habe bezw. habe wissen müssen, daß dasselbe nicht der Mietherin gehöre.

Am *23. März* 1889 theilte der Anwalt der Gebrüder Hug dem Anwalt des Landry schriftlich mit, daß seine Klienten das Klavier in Folge des Entscheides der Appellationskammer des Obergerichtes in Empfang nehmen werden und wirklich erfolgte auch diese Empfangnahme. Der oberste Angestellte des Landry auf dem Uetliberg ließ die Wegnahme des Klaviers, wie er sagt, auf Anordnung des Konkursverwalters hin, geschehen.

Mit Eingabe vom 16. Mai reichte der Anwalt des Landry beim Kassationsgericht *rechtzeitig*, d. h. noch innerhalb der gesetzlichen Frist von 60 Tagen von der schriftlichen Mittheilung an, Nichtigkeitsbeschwerde ein gegen den das Retentionsrecht verwerfenden Entscheid der Appellationskammer des Obergerichtes. Die Beschwerdegegner wendeten aber vor Allem ein, es habe der Beschwerdeführer dadurch, daß er nach vorausgegangenem Avis die Empfangnahme des Klaviers ohne jeden Einspruch und ohne jeden Vorbehalt habe geschehen lassen, den obergerichtlichen Entscheid anerkannt und auf die Retentionsansprache verzichtet. Der Rekurrent bestritt dagegen diese Auffassung mit dem Hinweis darauf, daß die Vollstreckbarkeit eines rechtskräftigen Entscheides durch das Rechtsmittel der Kassationsbeschwerde nicht gehemmt werde.

Das Kassationsgericht beschloß: „Die Nichtigkeitsbeschwerde findet nicht Statt."

Gründe:

1. Die Ansicht, es liege darin, daß Beschwerdesteller oder der ihn vertretende Angestellte die Wegnahme des Klaviers geschehen ließ, eine Anerkennung der Richtigkeit des zweitinstanzlichen Entscheides und ein Verzicht auf das Rechtsmittel der erst nach der Wegnahme des Klaviers, aber binnen der gesetzlichen Frist erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde, ist nicht begründet. Durch die Nichtigkeitsbeschwerde allein wird die Vollstreckung eines rechtskräftigen Entscheides nicht gehemmt, und, wenn es auch gemäß § 710 des Rechtspflegegesetzes in das Ermessen der Kassationsinstanz gelegt ist, im einzelneu Falle die Vollstreckung zu hemmen, so liegt auch darin nicht ein Verzicht auf die Beschwerde, daß der Beschwerdesteller eine solche Hemmung nicht begehrt. Es ist ja möglich, daß die Kassationsinstanz

einem Begehren einstweiliger Hemmung der Vollstreckung nicht entspricht und doch später nach Prüfung der Sache die Kassationsbeschwerde gutheißt. Der Verurtheilte wird des Rechtsmittels der Nichtigkeitsbeschwerde auch dann nicht verlustig, wenn er dem rechtskräftigen Entscheide, ohne es auf Vollstreckung ankommen zu lassen, in der Meinung, daß er denselben nicht anfechten könne, Folge geleistet hat und erst nachher, aber vor Ablauf der Beschwerdefrist, zur Einsicht gelangt ist, daß ein Nichtigkeitsgrund vorliege; denn § 706 des Rechtspflegegesetzes gewährt ihm das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde unbedingt.

2. Es besteht nun aber keine gesetzliche Bestimmung, wonach, wenn ein durch rechtskräftigen Entscheid Verurtheilter der Kondemnation Folge geleistet, nachher aber ein die Kondemnation als nichtig erklärendes Erkenntniß des Kassationsgerichtes ausgewirkt hat, dem Verurtheilten *in allen* Fällen eine Klage auf Wiederherstellung zustehen würde, sondern es fragt sich, ob und welche Klage der Verurtheilte im einzelnen Falle nach dem Gesetze auf ein die Kondemnation als nichtig erklärendes Erkenntniß des Kassationsgerichtes gründen könne. So wird dem zur Zahlung einer angeblichen Geldschuld Verurtheilten, auch wenn er, ohne die Vollstreckung abzuwarten, die angebliche Schuld bezahlt, nachher aber ein, die angebliche Schuld als nicht zu Recht bestehend erklärendes Kassationserkenntniß ausgewirkt hat, in der Regel gemäß Art. 72 des Obligationenrechtes Klage auf Rückforderung einer Nichtschuld zustehen; denn die Zahlung, die bloß mit Rücksicht auf einen rechtskräftigen Entscheid, nicht in Folge eines unzweideutigen Verzichtes auf Nichtigkeitsbeschwerde geleistet wird, ist, wenn auch der Verurtheilte es nicht auf Vollstreckung hat ankommen lassen, nicht als eine freiwillige im Sinne von Art. 72 anzusehen. Im vorliegenden Falle aber würde, wenn ein Kassationserkenntniß die Verwerfung des Retentionsrechtes des Ansprechers und die hierin liegende Kondemnation zu unbeschwerter Herausgabe der Sache an die Ansprecher und Vindikanten als nichtig erklären würde, das Gesetz dem Ansprecher keine Klage auf Wiederherstellung gewähren und es ist daher auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht weiter einzutreten.

Wenn nämlich der Entscheid des Vorderrichters, wonach Beschwerdesteller, als das dem Beschwerdegegner gehörende Klavier in seine Verfügungsgewalt kam, sich nicht in gutem Glauben befand, daß dasselbe seiner Mietherin gehöre, nichtig wäre, so hätte Beschwerdesteller gemäß Art. 294, 227 und 228 des O.-R. ein Retentionsrecht erworben, welches er, nachdem er es im Konkurse der Mietherin angemeldet hat, gleich einem Faustpfandgläubiger hätte realisiren können. Nun wäre aber ein dem Beschwerdesteller zustehendes Faustpfandrecht dadurch untergegangen, daß das Pfand nicht wider seinen Willen aus seinem Besitze in den der Beschwerdesteller übergegangen ist und eine Klage auf Wiederherstellung des Besitzes stände ihm nicht zu, weil Beschwerdegegner sich nicht heimlich oder arglistiger Weise, sondern nach Anzeige an den Anwalt des Beschwerdestellers unter Berufung auf einen rechtskräftigen Titel in den Besitz der Sache gesetzt haben.

Strafrecht.

Liegt in der mit Täuschung der Steuerbehörde verbundenen theilweisen Nichtentrichtung einer Hundesteuer ein strafrechtlich verfolgbarer Betrug oder nur eine polizeilich zu ahndende Steuerdefraudation?

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 4. Juli 1889.

Das zürcherische Gesetz betreffend das Halten von Hunden und die Besteuerung derselben vom 10. Dezember 1876 bestimmt in seinem § 3: „Die jährlich zu entrichtende Taxe beträgt für einen Hund 12 Fr., für jeden weitern Hund aber, welcher in derselben Haushaltung gehalten wird, 18 Fr.“

Ein Eigenthümer von zwei Hunden ließ nun, um für jeden derselben bloß 12 Fr., also für beide nur 24 Fr. statt 30 Fr. Steuer zahlen zu müssen, den einen Hund durch einen Bekannten *als dessen Eigenthum* zur

Besteuerung vorführen, während er selbst den zweiten, als angeblich einzig ihm gehörenden Hund versteuerte. Darin erblickte das Statthalteramt den Thatbestand eines zum Nachtheil des zürcherischen Fiskus begangenen Betruges im Betrag von 6 Fr. und erhob deßhalb in diesem Sinne Strafklage sowohl gegen den Eigenthümer der beiden Hunde als gegen den Dritten, welcher auf das Ansuchen des letztern den einen der beiden Hunde als ihm gehörend zur Besteuerung vorgeführt hatte und zwar machte die Anklage *ausgezeichneten* Betrug geltend, weil derselbe durch Hintergehung öffentlicher Beamter mit Bezug auf ihre amtlichen Verrichtungen verübt worden sei (§ 183 Zif. 5 des St.-G.-B.).

Das Bezirksgericht Zürich erklärte die beiden Angeklagten im Sinne der Anklage schuldig, *die Appellationskammer des Obergerichtes dagegen sprach dieselben frei*, legte ihnen aber gleichwohl die Kosten zu gleichen Theilen und unter gegenseitiger solidarer Haft für das Ganze auf. Ueberdem beschloß dieselbe Mittheilung des Urtheils an den Gemeindrath Außersihl behufs polizeilicher Ahndung der gegen den Hundeeigenthümer eingeklagten Handlung im Sinne von § 5 des Gesetzes betreffend das Halten von Hunden und die Besteuerung derselben vom 10. Dezember 1876, welche Gesetzesbestimmung lautet: „Wer es unterläßt, seinen Hund bezeichnen zu lassen oder dieß nicht rechtzeitig thut, hat den doppelten Betrag der festgesetzten Gebühren und Taxen zu entrichten und ist überdieß mit einer Buße von 1—5 Fr. zu belegen."

Gründe:

1. Die hier zu entscheidende Rechtsfrage ist die, ob die mit *Täuschung* der *Steuerbehörde* verbundene Nichtentrichtung bezw. theilweise Nichtentrichtung der Steuer für den zweiten Hund ein *strafrechtlich* verfolgbarer *Betrug* sei oder eine bloße Polizeiübertretung bezw. Steuerdefraudation.

Im Allgemeinen werden Steuerhinterziehungen oder Steuerverheimlichungen, selbst wenn ihr Thatbestand sich vollständig mit dem des kriminellen Betruges decken würde, nicht strafrechtlich verfolgt, vielmehr werden sie nach Maßgabe der einzelnen fiscalischen Gesetze mit Strafsteuern geahndet (vergleiche Schwarze Seite 653; Liszt Seite 376; Holtzendorff III Seite 762 und Fuchsberger III Seite 393 und 394). Die bezügliche Rechtssprechung des Deutschen Reichsgerichtes ist nach Liszt schwankend. In neuerer Zeit geht sie davon aus: Es gebe keine allgemeinen Grundsätze über die Grenzlinien zwischen dem Strafgesetzbuch und den der besonderen Gesetzgebung vorbehaltenen Materien; es komme darauf an, ob das Spezialgesetz „eine seiner Ordnung nicht entzogene Deliktsform wirklich anderweit behandelt habe", was jeweilen ausschließlich aus dem Spezialgesetze selbst zu entnehmen sei. Diesem Satze kann wohl auch dießseits beigepflichtet werden, in der Meinung, daß einfach zu untersuchen ist: Liegt es im Sinne unseres Gesetzes vom 10. Dezember 1876 betreffend das Halten von Hunden und die Besteuerung derselben, daß wenn die Vorschrift, bei Halten von mehr als einem Hund müsse für jedes weitere Stück das anderthalbfache der gewöhnlichen Steuertaxe entrichtet werden, durch fälschliche Vorschiebung eines Dritten als angeblichen Eigenthümers eines zweiten, vom wirklichen Eigenthümer gehaltenen Hundes umgangen, also nur die einfache Steuer von 12 Fr. dafür geleistet wird, alsdann ein strafrechtlicher Betrug vorliege.

2. Nun bestimmt der § 5 des Hundesteuergesetzes, daß derjenige, welcher einen Hund nicht bezeichnen lasse, bezw. nicht versteure, die doppelte Abgabe zu entrichten habe und zudem mit Polizeibuße von 1—5 Fr. zu belegen sei. Dieselbe Bestimmung hatte bereits das Hundesteuergesetz vom 1. Juli 1856, das die progressive Besteuerung eines zweiten gehaltenen Hundes noch nicht kannte. Die Revision des Gesetzes im Jahre 1876 bestand im Wesentlichen nur in einer Abänderung der Vorschrift betreffend die Höhe der Hundeabgabe. Man kann aber nicht sagen, der Gesetzgeber von 1876 habe dadurch, daß er keine neue Strafbestimmung für den Fall der Umgehung jener Progression der Steuerpflicht aufstellte, eine solche betrügliche Steuerumgehung nicht speziell behandelt, also falle

dieselbe unter die Bestimmungen des Kriminalrechtes. Denn es wurden nicht bloß die abgeänderten Artikel, sondern das ganze Gesetz in seiner neuen Eassung der Volksabstimmung unterbreitet und es zwingt nichts zu der Annahme, der Gesetzgeber habe an den Fall der Umgehung jener progressiven Steuerpflicht gar nicht gedacht bezw. die Androhung von Strafsteuer und Polizeibuße im Sinne des § 5 nicht für genügend gehalten.

Zur Ermittlung des Sinnes des Hundesteuergesetzes in fraglicher Beziehung ist es gewiß von Bedeutung, welchen Standpunkt unser Steuerrecht im allgemeinen gegenüber den Steuerdefraudationen einnimmt. Und da ist es nach § 38 und 39 des Gesetzes betreffend die Vermögens- und Einkommenssteuer vollständig klar, daß die unrichtige bezw. zu niedrige Angabe von Vermögen und Einkommen *niemals* als *strafrechtlicher Betrug* verfolgt werden kann, möge auch der betreffende Steuerpflichtige den Steuerbehörden gegenüber was immer für täuschende Angaben gemacht haben. Die einzige, ausschließliche Ahndung der mangelhaften Versteuerung soll in Nachsteuern und Strafsteuern bestehen. Ganz gleich verhält es sich nach § 11 des Erbschaftssteuergesetzes. — Hat nun die allgemeine Steuergesetzgebung den Steuerbetrug dem Bereiche des Strafgesetzbuches entzogen, so ist dieß, falls noch Zweifel walten könnte, gewiß auch anzunehmen, bezüglich jenes Spezialgesetzes über die Besteuerung der Hunde. Jedenfalls kann es nichts ausmachen, daß die Hundesteuer häufig unter die sogenannten Abgaben eingereiht wird. Auch kann keinen Grund zu einer verschiedenartigen Behandlung der Uebertretungen des einen oder des andern Steuergesetzes der Umstand bilden, daß die Hundesteuer im gleichen Ansatze alle Hunde ohne Unterschied des Werthes trifft und daß hier eine Taxation durch den Steuerpflichtigen nicht erfolgen muß.

3. Demnach sind die Angeklagten eines Betruges *nicht* schuldig zu erklären. Und so fällt auch die Erörterung der Frage dahin, ob der Betrug ein ausgezeichneter gewesen, d. h. ob die Angeklagten „öffentliche Beamte mit Bezug auf ihre amtlichen Verrichtungen hintergangen haben". Beigefügt darf hier allerdings werden, daß die Anklageschrift keinen solchen Beamten in gehöriger Weise bezeichnet und daß nach den Akten bei der fraglichen Hundebezeichnung lediglich ein Gemeindepolizeidiener und ein Angestellter der Gemeindrathskanzlei zugegen gewesen zu sein scheinen.

4. Gegenüber dem Angeklagten S. hat im Sinne der Erwägungen polizeiliche Ahndung einzutreten und ist zu dem Behufe eine Abschrift des Urtheils dem Gemeindrath Außersihl mitzutheilen. Letzterer wird auch die doppelte Steuer des von Süß nicht verabgabten zweiten Hundes einzuziehen haben.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. Oktober 1889. VIII. Band. № 18.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die „Amerikanische Schweizer-Zeitung", 18 Ann Str., New-York.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Handelsgericht Zürich.

12. Juli 1889.

Jean Rast, Mechaniker, Unterstraß, Kläger,
gegen
die *Zürcher Telephongesellschaft,* Beklagte.

Dienstvertrag.

Schadenersatzforderung aus vorzeitiger Entlassung. Einrede, daß der Dienstherr wichtige, in vertragswidrigem Verhalten des Angestellten liegende Gründe zur sofortigen Vertragsauflösung gehabt habe (Art. 346 O.-R.).

Die Telephongesellschaft schrieb im Februar ds. Js. eine Werkführerstelle für die Kleinmechanik aus. Der damals in Genf wohnende Kläger meldete sich mit Schreiben vom 23. Februar an und die Beklagte erklärte hierauf, sie sei nicht abgeneigt, mit ihm in Unterhandlung zu treten, wünsche aber eine persönliche Besprechung und mache sich, um diese eher zu ermöglichen, anheischig, ihm die Hälfte der Reisekosten zu vergüten, falls die mündlichen Unterhandlungen zu keinem Resultate führen sollten. Der Kläger fand sich wirklich am 10. März 1889 auf dem Bureau der Telephongesellschaft ein und stellte sich dem Direktor vor. Am 23. März erhielt er dann die briefliche Mittheilung, daß ihm die vakante Werkführerstelle zu den in einem beigelegten Vertragsentwurf aufgestellten Bedingungen übertragen sei; diese lauteten:

§ 1. Jean Rast tritt als Werkführer in den Dienst der Zürcher Telephongesellschaft.

§ 2. Derselbe widmet als solcher seine ganze Thätigkeit der Leitung der Abtheilung für Kleinmechanik; es liegt ihm speziell die Vertheilung und Controllirung der Arbeiten und die Festsetzung der Akkorde ob. Er untersteht den Befehlen der Direktion bezw. des Stellvertreters derselben, des jeweiligen Ingenieurs für den Werkstättedienst.

§ 3. Derselbe bezieht in monatlichen Raten einen Jahresgehalt von 2600 Fr.

§ 4. Der Eintritt erfolgt auf den 1. Mai 1889.

§ 5. Der Vertrag dauert zunächst 3 Monate fest; auf diesen Zeitpunkt und von da an steht beiden Contrahenten das Recht einer gegenseitigen dreimonatlichen Kündigung zu, erstmals auf 31. Juli 1889.

Am 29. April traf der Kläger in Zürich ein. Er stellte sich aber am 1. Mai Morgens gleichwohl nicht zur Arbeit, dagegen kam er an diesem Tage Abends circa 5 Uhr auf das

Bureau der Gesellschaft, gab vor, daß er erst gestern Abend (30. April) in Zürich angekommen sei, heute für Logis- und Kostort zu sorgen gehabt habe und versprach, Morgen den 2. Mai einzutreten. Auf sein Gesuch wurde ihm ein Vorschuß von 30 Frkn. ausbezahlt. Am 2. und 3. Mai erschien aber Rast wieder nicht zur Arbeit und die Beklagte eröffnete ihm daher mit Brief vom letztern Tage, daß sie, da er die Stelle bis jetzt nicht angetreten und sein Ausbleiben auch nicht entschuldigt habe, berechtigt sei, anzunehmen, er verzichte darauf; sie werde daher die Stelle anderweitig besetzen. Dabei wurde auf § 5 der Fabrikordnung verwiesen, wonach unentschuldigte Abwesenheit mit sofortiger Entlassung geahndet werden könne.

Am 4. Mai Morgens wollte der Kläger zur Arbeit kommen, es wurde ihm aber bemerkt, er werde einen Brief des Direktors zu Hause finden. Um 11 Uhr Vormittags erhielt er den vorerwähnten Brief und wandte sich nun sofort schriftlich an den Direktor mit der Bitte um Wiedererwägung, erhielt jedoch den Bescheid, es sei, nachdem er die Telephongesellschaft durch seine beispiellos leichtfertige Handlungsweise zu der bekannt gegebenen Maßnahme gezwungen habe, absolut nutzlos, sich in der Sache weiter zu bemühen.

Nunmehr beschritt der Kläger den Rechtsweg. Er leitete beim Handelsgericht gegen die Telephongesellschaft Klage ein auf Bezahlung von 760 Fr. als Schaden, der ihm durch die vorzeitige grundlose Entlassung entstanden sei. Er machte geltend: Da das Dienstverhältniß auf drei Monate fest mit nachheriger dreimonatlicher Kündigung eingegangen worden sei, hätte dasselbe von der Beklagten frühestens auf den 1. Oktober 1889 gelöst werden können, die sofortige Lösung sei demnach eine vertragswidrige, zum Schadenersatz verpflichtende. Der Schaden aber bestehe in der Differenz zwischen dem Salair, das er bis 1. Oktober 1889 bei der Beklagten verdient hätte und dem geringern Lohn, den er in seiner gegenwärtigen Stellung als gewöhnlicher Arbeiter bei Escher, Wyß & Cie. verdiene. Hier verdiene er nämlich einen Taglohn von 3 Fr. 60, was, den Monat à 25 Arbeitstage gerechnet, einen monattichen Verdienst von 90 Fr. ergebe. Bis am 1. Oktober 1889 werde er also 6 $\times$ 90 Fr. = 540 Fr. einnehmen, bei der Beklagten hätte er aber in der gleichen Zeit 1300 Fr., also 760 Fr. mehr verdient. Er habe sich schon bei seiner Ankunft in Zürich unwohl befunden, obgleich er, was durch Zeugen bewiesen werden könne, auf der Reise keinerlei Excesse begangen habe. Das Unwohlsein habe am 1. Mai fortgedauert, sich am 2. Mai verschlimmert und auch am 3. Mai ihn noch genöthigt, das Bett zu hüten. Erst am 4. Mai habe er sich wesentlich besser gefühlt und sei daher auch zur Arbeit gegangen, ohne allerdings solche angewiesen zu erhalten. Eine so kurze Krankheit berechtige den Dienstherrn nicht zur sofortigen Lösung des Verhältnisses, was sich aus Art. 341 des O.-R. ergebe, wonach sogar der Lohn auch während der Krankheitszeit bezahlt werden müsse.

Die Beklagte bestritt, daß der Kläger bei seiner Ankunft in Zürich oder nachher unwohl gewesen sei und behauptete vielmehr, es hätte derselbe am 1. und 2. Mai einen höchst unsoliden Lebenswandel geführt und ein allfälliges Unwohlsein am 3. Mai sei lediglich darauf zurückzuführen. Für die Richtigkeit dieser Behauptung berief sich dieselbe auf den Gastwirth Rabus im Hotel Stadthof, wo der Kläger logirt hatte und den dortigen Oberkellner Urban und argumentirte im Uebrigen dahin, daß ein Angestellter, welcher als Werkführer eine grössere Anzahl Arbeiter zu beaufsichtigen berufen sei, sicherlich nicht behalten werden könne, wenn er so beispiellos leichtfertig sei, daß er eine für ihn so wichtige, neue Anstellung gleich im Anfang durch Liederlichkeit rein aufs Spiel setze. Ein solches Verhalten sei wichtig genug, um den Dienstherrn gemäß Art. 346 des O.-R. zur sofortigen Lösung des Verhältnisses zu berechtigen.

Widerklageweise verlangte die Beklagte den Vorschuß von 30 Fr. zurück, welcher Forderung der Kläger eine solche auf Vergütung seiner Reisespesen für die beiden Reisen von Genf nach Zürich compensationsweise gegenüberstellte.

Die von der Beklagten angerufenen zwei

Zeugen, auf die auch der Kläger für den Gegenbeweis abgestellt hatte, wurden einvernommen und dann die Klage gänzlich abgewiesen, die Widerklage aber auf Rückzahlung des Vorschusses von 30 Fr. gutgeheißen.

Gründe:

1. Es ist Thatsache, daß die Beklagte den mit dem Kläger geschlossenen Dienstvertrag einseitig und vorzeitig aufgelöst hat. Damit aber ist das Fundament für ihre grundsätzliche Schadenersatzpflicht an sich gegeben und frägt es sich bloß noch, ob die Einrede, es sei die plötzliche Entlassung des Klägers durch wichtige, speziell ein vertragswidriges Verhalten desselben feststellende Gründe veranlaßt worden, thatsächlich richtig ist oder nicht. Die rechtliche Erheblichkeit derselben ergibt sich aus dem Art. 346 des O.-R., wonach derjenige Vertragstheil, welcher die Lösung des Verhältnisses vor Ablauf der Dienstzeit durch vertragswidriges Verhalten verschuldet, seinerseits zum Schadenersatz verpflichtet ist und also natürlich nicht selbst solchen fordern kann.

2. Nun hat das Beweisverfahren in der That die Begründetheit dieser Einrede herausgestellt und die Klage muß deßhalb abgewiesen werden. Durch das Zeugniß des Gastwirthes Rabus im Hotel Stadthof, wo der Kläger sich einlogirt hatte, sowie des Oberkellner Urban ist festgestellt, daß der Kläger am 2. Mai, Morgens 6 Uhr, mit einem Paket unter dem Arm, welches die Arbeitskleider enthielt, das Gasthaus verließ unter der Vorgabe, er gehe ins Geschäft und daß er sich dann nicht wieder blicken ließ bis am andern Morgen (3. Mai) um 6 Uhr. Der Umstand, daß der Kläger die Nacht vom 2./3. Mai außerhalb des Gasthofes zubrachte, ist in der Klageschrift, welche überdieß die Ankunft des Rast in Zürich statt auf den 29. April auf den 30. April verlegt, verschwiegen. Der Kläger muß also ohne Weiteres an sich kommen lassen, daß er am 2. Mai ohne irgend welche Entschuldigung vom Geschäfte wegblieb. Die Depositionen des Oberkellners und Wirthes geben aber auch hinreichend Auskunft darüber, weßhalb der Kläger am 3. Mai Morgens sich zu Bette legen mußte und die Arbeit nicht aufnehmen konnte. Nach der Aussage des Urban soll ihm nämlich der Kläger an jenem Morgen selbst gesagt haben, er sei unwohl, weil er zu viel getrunken und nichts gegessen habe. Die Thatsache mehrfacher Trunkenheit wird denn auch vom Oberkellner sowohl als vom Stadthofwirth bezeugt. Letzterer erinnert sich speziell daran, daß, als er sich am 3. Mai, Morgens auf eine bezügliche Anfrage der Telephongesellschaft nach dem Verbleib des Klägers erkundigt habe, ihm vom Oberkellner und der Zimmermagd berichtet worden sei, Rast sei soeben betrunken heimgekommen.

3. Diesen bestimmten Aussagen gegenüber verdient die heute aufgestellte, in der Klageschrift nicht enthaltene Behauptung des Klägers, daß er jene Nacht bei seinen Reisegefährten, den Eheleuten Meier, zugebracht habe, so wenig Beachtung wie das weitere Beweisanerbieten, daß der Kläger sich auf der Reise von Genf nach Zürich keine Exzesse habe zu Schulden kommen lassen und daß er sich schon bei der Ankunft in Zürich unwohl gefühlt habe. Thatsache ist, daß der Kläger wenigstens nachher keinen soliden Lebenswandel geführt hat, obschon er, wenn richtig ist, daß er damals schon unwohl war, alle Veranlaßung hatte, sich zu schonen. Die Einvernahme der vom Kläger angerufenen Zeugen war somit überflüssig.

4. Es bedarf nach dem Gesagten keiner weitern Ausführung, daß die Direktion der Telephongesellschaft, nachdem sie von dem Treiben des Klägers durch das Wirthschaftspersonal im Stadthof unterrichtet worden war, zur Ueberzeugung gelangen mußte, sie dürfe die verantwortungsvolle Stelle eines Werkführers diesem Mann, der sich schon von Anfang an höchst unzuverlässig und pflichtvergessen erwiesen hatte, nicht anvertrauen. Die sofortige Entlassung war also auch dann durchaus gerechtfertigt, wenn man annimmt, der Kläger habe am 3. Mai sein Ausbleiben durch Unwohlsein entschuldigen lassen. Die Berufung darauf, daß der Dienstpflichtige bei einem auf längere Zeit abgeschlossenen Dienstvertrag seiner Ansprüche auf Vergütung nicht verlustig gehe, wenn er vorübergehend an der Leistung seiner Dienste verhindert sei

(Art. 341 des O.-R.), hält nicht Stich, weil hiebei immer vorausgesetzt ist, daß das Hinderniß nicht auf ein Verschulden des Angestellten zurückzuführen sei, was im vorliegenden Falle nicht gesagt werden kann.

7. Gegenüber der widerklageweise geltend gemachten Forderung von 30 Fr., Rückerstattung eines Vorschusses betreffend, verstellt der Kläger seine Reiseauslagen zur Kompensation. Dieser Anspruch ist aber ein völlig unbegründeter. Was die zweite Reise betrifft, so könnte der Kläger und Widerbeklagte Ersatz seiner Reisespesen allenfalls verlangen, wenn die Entlassung eine ungerechtfertigte wäre; nun hat er aber diese selbstverschuldet und die daherigen Folgen an sich zu tragen. Für die erste Reise nach Zürich aber wurden dem Kläger zugestandenermaßen 22 Fr. 10 Cts. vergütet, obschon die Beklagte gemäß getroffener Abmachung hiezu nur verpflichtet gewesen wäre, wenn die Unterhandlungen nicht zu einem Engagement geführt hätten. Die Widerklage ist demnach gutzuheißen.

Kommission.

Der Börsenagent als Verkaufskommissionär. Ausführung des Verkaufsauftrages durch Selbstkauf auf Termin (per ultimo eines Monates) und auf Grund der Statuten und Usancen des Effectenbörsenvereins.

Lieferungsverweigerung seitens des Committenten und Verkäufers. Anderweitige Beschaffung der gekauften und nicht gelieferten Titel durch den Commissionär und Käufer.

Klage gegen den Committenten und Verkäufer auf Ersatz der Preisdifferenz und anderweitigen Schadens etc.

Obergericht Zürich, 31. August 1889.

Der Börsenagent Gamper in Zürich klagte gegen den Hotelwirth Rabus zum Stadthof-Zürich eine Forderung von 425 Fr. 25 ein, zu deren Begründung er vorbrachte: Rabus habe seit längerer Zeit 20 Arth-Rigibahnactien besessen, die er zu verkaufen beabsichtigt und darüber bei seinen wiederholten Besuchen im Stadthof mit ihm Rücksprache genommen habe. Am 2. Februar 1889 habe er nun den Rabus telephonisch angefragt, ob er ihm die Actien zum damaligen Kurs von 126 Fr. per Stück verkaufen solle, beifügend er hätte einen Abnehmer und es sei ihm sofort die Antwort gegeben worden, der Kurs scheine ihm, dem Rabus,, hoch genug, er Gamper, solle nach Gutfinden handeln. Darauf habe er die 20 Actien mit 80 andern, die ihm von J. Knopfli in Außersihl und Grob & Cie. in Zürich zum Verkaufe übergeben worden seien, sofort *per Ende Februar* 1889 an den Börsenagenten Hartmann weiter verkauft bezw. diesen mit dem Weiterverkauf beauftragt und von demselben die Anzeige von der Ausführung des Auftrages in dem Sinne, daß er als Selbstkäufer auftrete, erhalten. Infolge eines Irrthums bei der Auftragsertheilung habe indessen Hartmann statt zu 126 zu 124 verkauft und sei deßhalb auch nur zu diesem Preise als Selbstkäufer aufgetreten. Am gleichen 2. Februar habe er dann dem Beklagten die Ausführung des Auftrages in dem Sinne schriftlich mitgetheilt, daß er auf Grund der Statuten und Usancen der zürcherischen Effectenbörse als *Selbstkontrahent* von ihm *per Ende Februar* 20 Arth-Rigiactien à 126 Fr. gekauft habe. Eine Bestätigung dieser Anzeige sei nicht erfolgt, dagegen habe ihm Rabus bei einem Besuch, den er circa 8 Tage später im Stadthof gemacht, bemerkt, daß er mit dem Kurs von 126 Frkn. nicht einverstanden sei und auf die Bemerkung, daß er ihm ja den Verkaufsauftrag ertheilt und die Mittheilung von dessen Ausführung empfangen habe, ausweichenden Bescheid gegeben. Darauf hätte er demselben mit chargirtem Brief vom 14. Februar nochmals den ganzen Gang der Angelegenheit auseinandergesetzt und bemerkt, daß wenn die Actien Ende Februar nicht geliefert werden, er sich dieselben auf dem Exekutionswege verschaffen und ihn für die Differenz belangen werde. Ohne Antwort auf dieses Brief, habe er dem Beklagten am 26. Februar nochmals eröffnet, daß er zur Execution schreiten werde und am 28. Februar habe er dann wirklich durch den Präsidenten des

Börsenvereins 20 Arth-Rigi-Actien zum damaligen Tagespreis von 144 Fr. gekauft und dieselben an Hartmann geliefert. Die Preisdifferenz betrage also 18 Fr. per Stück, oder im Ganzen 360 Fr.; als Commissionsgebühr für den Executionskauf habe er 5 Fr. 25 auslegen müssen und nach den Usancen der Effectenbörse dürfe er für die anderweitige Titelbeschaffung 50 Fr. verrechnen und dazu kommen 10 Fr. Commissionsgebühr für die Ausführung des Verkaufsauftrages, was im Ganzen den eingeklagten Betrag von 425 Fr. 25 Rp. ausmache.

Zur Erhärtung dieser Darstellung legte Gamper vor:

1. sein Börsenjournal, wonach er am 2. Februar von Grob & Cie. in Zürich 50, von J. Knopfli in Außersihl 30 und von Rabus 20 Arth-Rigi-Actien gekauft und am nämlichen Tage 100 solcher Titel an den Agenten Hartmann weiter verkauft hat;

2. sein Kopirbuch, in welchem copirt sind:

Ein Brief an den Beklagten vom 2. Februar mit der Anzeige, daß Kläger auf Grund der Statuten und Usancen der Zürcher Effectenbörse als Selbstkontrahent per Ende Februar 20 Stück Arth-Rigibahn-Actien à 126 Frk. von ihm gekauft habe und um Bestätigung dieser Anzeige bitte.

Ein Brief an Hartmann vom 2. Februar, worin demselben der Verkauf von 100 Arth-Rigi, ultimo Februar à 124 Fr. bestätigt wird.

Ein Brief an Rabus vom 14. Februar, worin unter Bezugnahme auf ein auffälliges Benehmen des letztern die Vorgänge vom 2. Februar entsprechend der Klagedarstellung festgestellt und für den Fall der Nichtlieferung Executionskauf angedroht wird.

Ein Brief vom 26. Februar an den Beklagten, in welchem ihm wieder gesagt wird, daß zur Execution geschritten werde, falls er nicht liefere.

Ein Brief an Hartmann vom 28. Februar, lautend:

„Mitgfolgend die Ihnen verkauften

20 Arth-Rigi à 144 =	2880 Fr.
$^1/_2$ % Provision	5 „
netto comptant	2875 Fr.

Den Brief vom 26. Februar hatte der Beklagte refüsirt; er ist vom Kläger im Original vorgelegt worden. Derselbe produzirte aber auch ferner eine Zuschrift des Präsidenten des Börsenvereins vom 28. Februar, durch welche ihm unter Beilage des bezüglichen Schlußzeddels und Uebersendung der 20 Aktien die Ausführung des Exekutionskaufes à 144 gemeldet worden ist.

Der Beklagte Rabus bestritt die Klage in vollem Umfange, weil er dem Kläger nie einen Verkaufsauftrag ertheilt habe. Denn auf die bezügliche Anfrage vom 2. Februar habe er geantwortet, daß er die Actien à 126 Fr. gebe, wenn Gamper dieselben direkt kaufen wolle und sie noch am gleichen Tage gegen Baarzahlung abhole. Diese Offerte sei nicht acceptirt worden und somit ein Geschäft überhaupt nicht zu Stande gekommen. Den Brief vom 2. Februar habe er gar nicht erhalten und denjenigen vom 14. Februar refüsirt (das letztere ist indeß eine Verwechslung mit dem Brief vom 26. Februar). Die Actien habe er am 22. Februar à 145 Fr. anderweitig verkauft. Er bestreite, daß Kläger an Hartmann weiter verkauft habe. Jedenfalls aber sei demselben kein Schaden entstanden, denn aus dem Brief an Hartmann vom 26. Februar gehe ja hervor, daß er diesem nicht nur 124 Fr. per Actie, sondern 144 Fr., also gleichviel verrechnet habe, wie von ihm für die angeblichen Ersatzactien ausgegeben worden sei.

Nach den Usancen der Zürcher Effectenbörse ist der Ultimo-Käufer, im Falle der Verkäufer die Lieferung verweigert, berechtigt, am letzten Börsentage Ersatzeffecten zu kaufen und den letztern auf Zahlung der Differenz zu belangen. Für die Titelbeschaffung darf er ihm überdem eine Vergütung von bis auf 5 Fr. per Actie berechnen.

Die Klage wurde im vollen Umfange gutgeheissen.

Gründe:

1. Die Klageforderung stellt sich in der Hauptsache als eine Schadenersatzforderung aus Nichterfüllung eines Vertrages dar und zwar muß nach der Klagebegründung als Vertrag, dessen Nichterfüllung dem Beklagten zur Last gelegt wird, ein Kaufvertrag angesehen werden, der bezüglich der 20 Arth-

Rigi-Actien zwischem dem Beklagten als Verkäufer- einer- und dem Kläger als Käufer andererseits dadurch zu Stande gekommen ist, daß der letztere jene Aktien in Ausführung eines ihm vom Beklagten am 2. Februar d. Js. ertheilten Verkaufsauftrages gemäß der ihm nach Art. 444 des O.-R. zustehenden Befugniß an sich selbst verkauft bezw. die Actien unter Anzeige an den Committenten zum damaligen Tagesbörsenpreis für sich behalten hat (siehe auch Art. 445 und 446 des O.-R.).

2. Nach der Klagebegründung ging der Verkaufsauftrag dahin, die Actien auf Termin, nämlich ultimo Februar zu verkaufen und ist derselbe in diesem Sinne vollzogen worden, indem der Kläger die Actien selbst per ultimo Februar kaufte. Vorausgesetzt nun, diese Klagebegründung sei richtig, so war der Beklagte aus Kauf verpflichtet, die 20 Actien Ende Februar an den Kläger gegen Baarzahlung zu liefern. Er hat sie aber unbestrittenermaßen nicht geliefert und ist deßhalb unter der genannten Voraussetzung zum Ersatz des Interesses pflichtig geworden. Unzweifelhaft muß nämlich dem genannten Kauf, weil er mit Bezug auf Börseneffecten und per ultimo eines Monats abgeschlossen wurde, sowie im Hinblick auf den Art. 234 des O.-R. der Charakter eines Fixgeschäftes im Sinne von Art. 123 des O.-R. zuerkannt werden, daraus aber folgt, daß der nutzlose Ablauf der Lieferungsfrist den Kläger zum sofortigen Rücktritt vom Vertrage berechtigt und ihm nach Art. 124 den Anspruch auf Schadenersatz verliehen hat. Allein selbst wenn ein solches Rücktrittsrecht vom Vertrage nicht bestanden hätte, so ist das deßwegen völlig gleichgültig, weil ja der Vertrag sein Ende jedenfalls durch Unmöglichkeit der Erfüllung erlangt hat, eine Annahme, die ihre Bestätigung in der aktengemäßen Thatsache findet, daß Rabus die verkauften 20 Actien in Folge frühern anderweitigen Verkaufs Ende Februar gar nicht mehr besaß und weil die Unmöglichkeit der Erfüllung, wie sich aus ihrer Ursache von selbst ergibt, eine schuldhafte war (Art. 110 des O.-R.). Der Beklagte hat heute das Eintreten eines Schadens bestritten, allein mit Unrecht. Hat der Kläger die Actien am 2. Februar, wie er behauptet, sofort weiter an den Börsenagenten Hartmann verkauft und zwar wiederum lieferbar Ende Februar, so mußte er sich dieselben, da Beklagter solche nicht lieferte, um seinerseits erfüllen zu können, anderweitig beschaffen und dafür statt bloß 126 Fr. per Stück, wie er dem Rabus hätte zahlen müssen, 144 Fr. zahlen, woraus sich als Schade aus der Nichterfüllung des Beklagten ein Verlust von 18 Fr. per Stück oder von 360 Fr. im Ganzen ergibt. Und nun ist bewiesen, daß er diesen Ersatzkauf wirklich abgeschlossen hat beziehungsweise hat abschliessen lassen durch den Präsidenten des Börsenvereins und zwar zum Tageskurs des 28. Februar, also zu 144 Fr. per Actie. Es ergibt sich dieß aus dem Schlußzeddel Akt No. 9 und dem Brief des Börsenpräsidenten Akt No. 8. Daß aber dieser Ersatzkauf vorgenommen worden sei, ohne daß Kläger gegenüber Hartmann engagirt gewesen wäre, ist gar nicht denkbar, denn dannzumal wäre derselbe nur ein Manöver gewesen und zwar ein absolut zweckloses. Zwecklos deßwegen, weil Kläger dann Actien erworben hätte zu 144, die er sofort nur wieder zum gleichen Preis, also ohne etwas zu verdienen, hätte verkaufen können. Um damit zu spekuliren, brauchte es keinen Exekutionskauf, sondern dafür hätte ein freier Kauf genügt. Der Ersatzkauf kann aber auch nicht deßwegen vorgenommen worden sein, um damit eine sonst nicht bestehende Schadenersatzforderung zu construiren. Denn diese wäre auch ohne den Ersatzkauf vorhanden gewesen, nur hätte dann der Schaden in einem entgangenen Gewinn bestanden, weil ja der Kläger, wenn er nicht an Hartmann verkauft gehabt hätte, einfach zu sagen brauchte, wenn Beklagter ihm die Actien vertragsgemäß geliefert hätte, so würde er durch den Wiederverkauf Ende Februar die Kursdifferenz von 18 Fr. per Stück verdient haben, während ihm nun dieser Verdienst, da er wegen Nichtlieferung nicht weiter habe verkaufen können, entgangen sei. Daraus folgt auch, daß selbst wenn die Actien am 2. Februar nicht weiter verkauft worden wären, der behauptete Schaden gleichwohl vorliegen würde. Dem gegenüber hat nun der

Beklagte freilich auf den Brief des Klägers an Hartmann vom 28. Februar (pag. 236 des Copirbuches) verwiesen, indem er daraus ableitete, daß der erstere von dem letztern für die Actien nicht bloß 124 Fr., sondern 144 Fr. erhalten habe. Und wenn dem so wäre, so läge allerdings ein Schaden auf Seiten des Klägers nicht vor, weil er dann für die Ersatzactien genau das wieder erhalten hätte, was von ihm verausgabt worden ist. Allein jener Brief beweist die daraus gezogene Schlußfolgerung überall nicht, denn er enthält nicht eine Belastung des Hartmann mit 2880 Frk. (= 144 Fr. per Stück), sondern einfach die Anzeige, daß der Executionskurs 144 Fr. per Aktie betrage und diese Anzeige ist deßwegen erfolgt, weil der Börsenpräsident die Actien, die Gamper durch denselben kaufen ließ, von dem nämlichen Hartmann eben zum damaligen Tageskurs von 144 Fr. gekauft hat bezw. als der Brief geschrieben wurde, zu kaufen angewiesen war und Hartmann dann diese gleichen Actien wieder erhielt als Vertragserfüllung seitens des Gamper. Dieser Umstand hatte nämlich die natürliche Folge, daß Gamper den Kaufpreis nicht an baar an den Börsenpräsidenten zu Handen des Hartmann entrichtete, sondern denselben direkt mit dem letztern verrechnete, d. h. ihm bloß die Kursdifferenz zwischen 124 und 144 Fr. per Stück vergütete. Die Höhe dieser Kursdifferenz festzustellen, war der Zweck jenes Briefes an Hartmann vom 28. Februar und das geschah eben dadurch, daß Kläger demselben gegenüber den Executionskurs feststellte. Der Kaufpreis von 124 Fr., d. h. der andere Factor für die Berechnung der zu vergütenden Differenz war bereits durch die frühere Correspondenz festgestellt.

3. Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die Klage jedenfalls bezüglich der 360 Frkn., Differenz zwischen der Summe, die der Kläger dem Beklagten im Falle der Erfüllung hätte zahlen müssen (2520 Fr.) und der Summe, die er, um die nicht gelieferten Papiere anderweitig zu erhalten, zahlen mußte (2880 Fr.) begründet ist, falls überhaupt ein Verkaufsauftrag des Beklagten an den Kläger erfolgt ist und dieser solchen durch Selbstkauf vollzogen hat. Genügen würde freilich auch ein *directer* Verkauf an Hartmann, allein wie der Auftrag, so ist auch der Selbstkauf bewiesen.

4. Der Beklagte bestritt erstinstanzlich und darauf allein kommt es an, jede Vereinbarung mit dem Kläger, namentlich auch jede Ertheilung eines Verkaufsauftrages. Er machte also nicht etwa geltend, daß zwar ein solcher gegeben worden sei, aber nur im Sinne des Abschlusses eines Comptant-Kaufes. Seine Darstellung war vielmehr die, daß er dem Kläger von Anfang an einen einfachen Tageskauf proponirt, dieser aber abgelehnt habe. Diese, seine Haltung muß aber dazu führen, daß dem Kläger nur der Beweis für die Ertheilung eines Verkaufsauftrages überhaupt und nicht noch speziell dafür überbunden werden kann, daß dieser Auftrag gerade auf den Abschluß eines Termingeschäftes im Gegensatz zu einem Comptant-Geschäft gerichtet gewesen sei. Dieß um so mehr, als der Beklagte keine eventuelle Behauptung des Inhalts aufgestellt hat, daß wenn überhaupt ein Verkaufsauftrag gegeben worden sei, derselbe nur auf Abschluß eines Comptant-Geschäftes gelautet habe und übrigens eine solche Behauptung aus nahe liegenden Gründen auch keine Berücksichtigung hätte finden können. Sollte der Auftrag nur allgemein gelautet haben, so wäre anzunehmen, daß es dem vernünftigen Ermessen des Klägers habe überlassen werden wollen, per comptant oder auf Zeit zu verkaufen, wie derselbe denn auch geltend macht, die Antwort des Beklagten auf seine Anfrage habe dahin gelautet, der Kurs sei ihm hoch genug, Kläger solle nach seinem Gutfinden verfahren.

5. Für die Ertheilung des Verkaufauftrages spricht schon der Umstand, daß die 20 Actien dem Beklagten seit langem feil waren und er behufs Verkauf derselben mit dem Kläger als Börsenkommissionär bereits vor dem 2. Februar mehrfach unterhandelt hat. Ein schwerwiegendes Moment ist aber besonders das, daß Kläger die 20 Actien am nämlichen 2. Februar an den Agenten Hartmann weiter verkaufte, denn ohne einen Verkaufsauftrag erhalten zu haben, hätte er das nicht thun können. Daß aber dieser Weiterverkauf wirk-

lich stattgefunden haben muß, beweist zunächst der Executionskauf vom 28. Februar, wie das bereits ausgeführt worden ist, weil dieser ohne den frühern Verkauf an Hartmann absolut keinen Sinn gehabt hätte. Völlig außer Zweifel gestellt wird aber die Thatsache, durch die Einträge im Börsenjournal des Klägers, aus denen sich ergibt, daß er am 2. Februar vom Beklagten 20 Arth-Rigi kaufte und dieselben am nämlichen Tage mit 80 andern Arth-Rigi an Hartmann weiter veräußerte. Das Journal ist chronologisch und unverdächtig geführt, weßhalb angenommen werden muß, daß die betreffenden Einträge wirklich am 2. Februar stattgefunden haben. Der Verkauf an Hartmann wird überdem bestätigt durch die laut Copirbuch am 2. Februar an ihn geschriebene Verkaufsbestätigung. Sodann hat Kläger laut Copirbuch dem Beklagten am 2. Februar die Ausführung des Verkaufsauftrages durch Selbstkauf angezeigt. Allerdings bestreitet letzterer den Empfang dieses Briefes, allein da das Couvert den Stempel des Klägers trug, wäre der Brief im Falle der Nichtbestellung an ihn zurückgekommen und da das nicht geschehen ist, muß er bestellt worden sein. Mit rekomandirtem Brief vom 14. Februar hat Kläger dem Beklagten den Sachverhalt neuerdings genau auseinandergesetzt und dieser Brief ist dem letztern unzweifelhaft zugekommen. Er hat erstinstanzlich behauptet, denselben refüsirt zu haben, worin das Zugeständniß des Empfanges liegt. Die Rückweisung ist aber offenbar nicht wahr und liegt hier eine Verwechslung mit dem wirklich refüsirten Brief vom 26. Februar vor. Das erstinstanzliche Urtheil sagt denn auch, es habe Beklagter den Empfang dieses Briefes in der Schlußverhandlung anerkannt. Dessen Nichtbeantwortung d. h. die Nichtbestreitung seines Inhaltes weist aber wieder deutlich daraufhin, daß Beklagter eben von der Richtigkeit des letztern überzeugt war. Denn wenn er auch in einer vorher gegangenen mündlichen Besprechung sich bereits ablehnend verhalten haben sollte, so hätte er gegenüber der *schriftlichen* Feststellung des Thatbestandes dennoch alle Veranlaßung zur Reklamation gehabt, falls er dieselbe für unrichtig angesehen haben würde. Sollte man finden, daß der Empfang des Briefes vom 2. Februar durch den Beklagten nicht genügend hergestellt sei und deßhalb annehmen wollen, daß ein Selbstkauf der Actien durch den Kläger nicht bewiesen sei, so würde ersterer zwar allerdings nicht aus der Nichterfüllung eines Kauf- wohl aber aus der Nichterfüllung eines Commissionsvertrages haften, denn er hatte natürlich die Pflicht, dem Commissionär die Papiere, welche derselbe in Erfüllung des Verkaufsauftrages weiter veräußert hatte, zu liefern und ihn damit in die Möglichkeit der seinerseitigen Erfüllung zu versetzen. Diese Pflicht bestand, weil er eventuell spätestens am 14. Februar Kenntniß vom Vollzug des Auftrages erhielt und damals die Actien noch besaß. Er verkaufte sie erst am 22. Februar und übrigens durfte er sie vor einem Widerruf des Auftrages, der nie erfolgt ist, jedenfalls nicht verkaufen.

6. Außer den 360 Fr. reine Kursdifferenz mußte der Kläger an Commissionsgebühr für den Executionskauf 5 Fr. 25 zahlen, welchen Betrag er ebenfalls als Schaden geltend machen kann. Er fordert aber weitere 50 Fr. gestützt auf den § 8 der Usancen der zürcherischen Effectenbörse, welche Bestimmung sagt, daß wenn der Käufer in Folge Nichtlieferung des Verkäufers zur executionsweisen Beschaffung der gekauften Effecten gezwungen sei, er für diese Beschaffung bis 5 Fr. per Actie berechnen könne. Da das Geschäft mit dem Beklagten „auf Grund der Statuten und Usancen der zürcherischen Effectenbörse“ geschlossen worden ist, diese also als Vertragsrecht erklärt worden sind und übrigens beim Verkehr mit einem Börsenagenten im Zweifel immer als vertraglich acceptirt gelten dürften, muß auch diese Post geschützt werden. Es mag hier noch bemerkt werden, daß auch diese Usancen den Kläger zum Executionskauf und zur Forderung der Differenz berechtigt erklären. Endlich kommen noch 10 Fr. Commissionsgebühr für die Ausführung des Verkaufsauftrages dazu (Art. 445 O.-R. und § 3 der Börsenusancen), womit die volle Klagesumme von 425 Fr. 25 erreicht ist.

Mandat oder Dienstvertrag?

Das Mandat ist auch dann jederzeit kündbar, wenn der Mandatsvertrag ausdrücklich auf eine längere Zeitdauer abgeschlossen worden ist. Beim entgeltlichen Mandat hat der Widerruf auch den Wegfall der versprochenen Gegenleistung zur Folge. Unzeitige Kündigung. Daraus folgende Schadenersatzverpflichtung des Kündenden. Form des Schadenersatzes.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 10. September 1889.

Mit schriftlichem Vertrag vom 29. Jenner 1889 übertrug eine Frau Lehmann dem Weichenwärter Hofmann in Außersihl „die gesammte Verwaltung über ihre an der Brauergasse daselbst gelegenen Gebäulichkeiten“ (2 Wohnhäuser, zum Löwenhof und zum Morgenthal). Hofmann sollte das Recht und die Pflicht haben, Miethverträge abzuschliessen und wenn nöthig wieder aufzuheben und sodann überhaupt alle Geschäfte zu leiten, welche sich auf die in den Häusern wohnenden Miether beziehen mit Ausnahme allfälliger Prozeßführung. Die Stelle sollte sofort angetreten werden. Der § 3 des Vertrages bestimmt: „Sie (die Frau Lehmann) räumt ihrem Verwalter für seine Dienstleistungen und Bemühungen vom 1. April 1889 an im Hause zum Löwenhof eine Wohnung von 3 Zimmern mit übrigen dazu gehörigen Räumlichkeiten gänzlich zinsfrei ein“ und endlich sagt der Schlußartikel: „Die Aufhebung des Vertrages kann nur nach Ablauf eines Amtsjahres und nach vorangegangener gegenseitiger dreimonatlicher Kündigung stattfinden.“

Mittelst amtlicher Anzeige vom 12. Juni 1889 kündete Frau Lehmann dem Hofmann die Verwalterstelle in der Meinung, daß er sofort alle Verwaltungshandlungen zu unterlassen und die Wohnung zu räumen habe. Dieser protestirte aber gegen die Kündigung, sich darauf berufend, daß eine solche laut Vertrag erst nach Ablauf eines Jahres, vom 29. Jenner 1889 an und nur auf 3 Monate zulässig sei und nun betrat Frau Lehmann sofort den ordentlichen Prozeßweg, indem sie die Rechtsfrage aufstellte: „Ob der Vertrag vom 25. Jenner 1889 nicht als mit dem 12. Juni aufgelöst zu betrachten sei.“ Der Beklagte bestritt die Klage im ganzen Umfange und eventuell in dem Sinne, daß ihn Klägerin jedenfalls noch bis am 1. Jenner 1889 unentgeltlich in der Wohnung lassen müsse.

Das Bezirksgericht Zürich qualificirte den Vertrag vom 25. Jenner 1889 als Dienstvertrag, der vor Ablauf seiner bestimmten Dauer einseitig nur aus wichtigen Gründen aufgehoben werden könne. Und weil dasselbe dann fand, daß keine solchen Gründe vorliegen, so wies es die Klage ab.

Die zweite Instanz dagegen erkannte:

Der Vertrag vom 25. Jenner 1889 wird als mit dem 12. Juni 1889 aufgelöst erklärt, der Beklagte darf aber die ihm eingeräumte Wohnung als Ersatz für den ihm aus der unzeitigen Kündigung erwachsenen Schaden bis zum 1. Oktober 1889 unentgeldlich weiter benutzen.

Gründe:

1. Das Rechtsverhältniß, welches durch den Vertrag vom 25. Januar 1889 zwischen den Parteien begründet wurde, ist ein entgeldliches Mandat und nicht, wie die erste Instanz angenommen hat, eine Dienstmiethe. Es ist zwar für diese Ansicht nicht entscheidend, daß die Parteien und namentlich auch der Beklagte, in dessen Interesse es gelegen hätte, jenen Vertrag als Dienstmiethe darzustellen, sowohl in seinem Rechtsvorschlag vom 13. Juni als in der Hauptverhandlung vor Bezirksgericht denselben ausdrücklich als Mandat erklären; denn der Richter ist, wenn eine Partei bloß eine ihr selbst nachtheilige irrige Rechtsanschauung geltend macht, insofern sie nicht daran die Anerkennung einer Thatsache oder eines Rechtsbegehrens knüpft, nicht an diese gebunden, denn er hat das Recht von Amteswegen zu finden. Dagegen ist jene Ansicht unzweifelhaft richtig.

2. In dem frühern Entwurfe zum schweiz. Obligationenrecht vom Jahre 1877 war im Art. 440 die Bestimmung aufgenommen, daß entgeldlicher Auftrag nur dann vorliege, wenn von dem Beauftragten für den Auftraggeber Rechtshandlungen Dritten gegenüber (Abschluß oder Erfüllung von Verträgen, Ver-

äußerungen, Prozeßhandlungen u. s. w.) vorgenommen werden sollen. Die spätere Streichung dieser klaren Einschränkung kann nun bloß so verstanden werden, daß der Gesetzgeber dem Richter noch freiere Hand lassen, d. h. ihm gestatten wollte, auch noch in andern Fällen ein entgeldliches Mandat anzunehmen. Dagegen liegt es in der Natur der Sache, daß jener Spezialfall ganz vorzugsweise als entgeldliches Mandat zu betrachten ist; mit andern Worten, es wollte der Gesetzgeber durch jene Streichung den Begriff des entgeldlichen Mandats nicht verengern, sondern umgekehrt erweitern. Wenn daher Schneider in seinem Kommentar zu Art. 392 sagt, daß in diesem Fall ein entgeldliches Mandat, sonst aber eine Dienstmiethe vorliege, so entspricht dieß zwar nicht völlig dem Willen des Gesetzgebers, aber ist doch insofern richtig, als in diesem Falle ganz vorzugsweise ein entgeldliches Mandat anzunehmen ist. Gerade mit einem solchen Falle hat man es aber hier zu thun, denn die Stelle des Beklagten, welche ihm durch den Vertrag vom 25. Januar 1889 eingeräumt wurde, ist recht eigentlich diejenige eines Rechtsagenten, welcher die Vermiethung von Häusern, d. h. den Abschluß der Miethverträge zu besorgen hat und dem nur die Führung eigentlicher Prozesse im ordentlichen Verfahren entzogen ist.

3. Nach Art. 402 des O.-R. ist aber jedes Mandat, also auch das entgeldliche, nicht bloß vom Mandatar, sondern auch vom Mandanten jederzeit kündbar. Daß dieß auch für den Fall gilt, wo der Vertrag ausdrücklich auf eine längere Zeitdauer abgeschlossen worden ist, kann mit Rücksicht auf die Entstehung dieser Gesetzesbestimmung keinem Zweifel unterliegen. Zwar ist es nicht ganz richtig, wenn Schneider, welcher in seinem Kommentar diese Ansicht ausdrücklich billigt, beifügt, daß die ersten Entwürfe *in Uebereinstimmung mit dem zürcherischen Gesetze* dem kündigenden Theile dieses Recht nur beim Vorhandensein wichtiger Gründe haben geben wollen; denn nach dem frühern zürcherischen Rechte beurtheilte sich das entgeldliche Mandat nach den Grundsätzen der Dienstmiethe, während Art. 451 des Entwurfs zum Schw. O.-R. vom Jahr 1875 bereits auch beim entgeldlichen Mandat dem *Mandanten* das unbeschränkte Recht jederzeitiger Kündigung gibt, sofern der Mandatar als sein Stellvertreter mit Dritten Verträge abzuschließen berechtigt ist, ohne daß auf dieses Kündigungsrecht rechtsgültig verzichtet werden könnte und nur den Mandatar nach Art. 452 auch in diesem Spezialfalle ungünstiger stellt, indem es ihm dieß Recht nur beim Vorhandensein wichtiger Gründe einräumt. Nun hat aber schon der Entwurf vom Jahre 1876 ausdrücklich dieses Recht jederzeitiger Kündigung ohne alle und jede Einschränkung auf alle Fälle ausgedehnt, wo der *Mandant* kündigt und wenn das Gesetz selbst in seiner kürzern Fassung nicht mehr ausdrücklich erwähnt, daß der Verzicht auf den Widerruf, also auch die zeitliche Beschränkung rechtsunverbindlich sei, so versteht sich dieß doch offenbar von selbst; denn die neue Redaktion wollte dieses Kündigungsrecht gegenüber jenen frühern Entwürfen weiter ausdehnen und nicht einschränken d. h. auch dem Mandatar das gleiche Recht geben, das vorher nur dem Mandanten eingeräumt worden war.

4. Im vorliegenden Falle war demnach das zwischen den Parteien bestehende Mandatsverhältniß mit der Kündigung vom 12. Juni gelöst und von dieser Zeit an der Beklagte nicht mehr berechtigt, für die Klägerin die in den Bereich des Vertrages fallende Thätigkeit des Mandatars auszuüben.

5. Nun wird aber eventuell vom Beklagten der Standpunkt eingenommen, die Kündigung habe zur Unzeit stattgefunden, was ihn zur Stellung einer Schadenersatzforderung im Sinne des Art. 402 des O.-R. berechtige. Unter diesem Titel beansprucht er das Recht, bis Jenner 1890 die ihm als Entgeld überlassene Wohnung innezubehalten. Es ist diese Rechtsstellung des Beklagten als theilweise Klagebestreitung aufzufassen, insofern nämlich die Fortdauer des Vertrages in einer bestimmten Richtung verlangt wird gestützt auf eine die Auflösung des Mandates zwar nicht hindernde, aber die Rechte des verletzten Theiles schützende Vorschrift.

6. Wo, wie im vorliegenden Falle, das

Mandat ausdrücklich auf längere Zeit abgeschlossen und die Kündbarkeit von dem Verfluß einer bestimmten Dauer abhängig gemacht ist, wird eine Kündigung regelmäßig schon dann als zur Unzeit geschehen zu betrachten sein, wenn sie vor Ablauf der von den Parteien vereinbarten Zeit geschieht. Damit aber ist die Schadenersatzpflicht des kündenden Theiles an sich gegeben. Indeß fällt dieselbe wieder dahin, wo der an sich unzeitige Widerruf sich rechtfertigt aus schuldhaftem Verhalten der Gegenpartei, welches eine Fortsetzung des Mandatsverhältnisses als unthunlich erscheinen läßt. In diesem Falle muß die volle freie Widerruflichkeit des Mandatsverhältnisses resp. Kündbarkeit gewahrt bleiben.

7. Solche in der Person des Beauftragten gegebene Gründe werden nun von der Klägerin als Auftraggeberin vorgeschützt, allein in so allgemeiner, nichtssagender Form, daß darauf weder jetzt schon abgestellt, noch die Anschuldigungen auch nur zum Gegenstand eines Beweisverfahrens gemacht werden können.

8. Der Schluß ist demnach der, daß die Schadenersatzverpflichtung wegen unzeitiger Kündigung im Sinne des Art. 402 des O.-R. für die Klägerin nicht aufgehoben ist. Wie ist nun aber die Schadenersatzpflicht näher zu bestimmen und zu bemessen? Der Beklagte erblickt einen Schaden lediglich in dem Umstande, daß ihm die in der Ueberlassung einer Wohnung versprochene Vergütung durch die Kündigung plötzlich entzogen wird und er verlangt deßhalb Innebehaltung derselben bis 1. Jenner 1890. Es steht dem Ersatzanspruche in dieser Form gewiß nichts entgegen, obschon der Beauftragte mit der Auflösung des Mandatsverhältnisses auch keinen Anspruch mehr auf die Entrichtung der *versprochenen* Leistung hat. Im vorliegenden Falle würde nämlich dem Beklagten durch die Aufhebung des Vertrages gerade dadurch ein *positiver* Schaden entstehen, daß er genöthigt wäre, die ihm eingeräumte Wohnung plötzlich zu verlassen. Nicht nur fällt für ihn die versprochene Gegenleistung weg, worauf allerdings nichts ankommt (vergleiche Kommentar von Hafner zu Art. 402 d. O.-R. No. 2), sondern er ist in die Lage versetzt, sofort eine andere Wohnung zu suchen, woraus ihm erheblich grössere Auslagen entstehen, als wenn ihm zur Räumung der Wohnung die vertragliche Frist gewährt würde. Es dürfte sich daher rechtfertigen, von der Aufhebung des Vertrages (12. Juni) an, eine auf ungefähr 3—4 Monate zu berechnende Frist anzusetzen und ihm bis dahin freie Wohnung zu wahren. Eine weiter gehende Verpflichtung der Klägerin erschiene dagegen unbillig.

Miethe.

Konkursausbruch über den Vermiether vor dem Miethantritt durch den Miether. Klage der Gantkäuferin des vermietheten Hauses gegenüber dem nicht eingezogenen Miether auf Zinszahlung bezw. Schadenersatz. Verneinung der Activlegitimation.

Obergericht Zürich, Appellationskammer,
27. August 1889.
Leimbacher ca. Weber.

Am 1. September 1888 vermiethete der Handelsgärtner Otto Schärrer in Unterstraß eine Wohnung seines an der Kronengasse daselbst gelegenen Wohnhauses an den Inspektor David Weber in St. Gallen um den jährlichen Zins von 800 Fr. mit Antritt auf 1. Oktober 1888. Schon am 5. September aber gerieth er in Konkurs und es wurde das betreffende Haus auf der Konkursgant vom 6. November von der Wittwe Leimbacher in Zürich, einer grundversicherten Creditorin, erworben. Weber erfuhr den Konkursausbruch noch vor dem ersten Oktober und zog dann nicht ein; nachdem aber Frau Leimbacher Hauseigenthümerin geworden war, wandte er sich an sie und stellte den Einzug in Aussicht, falls sie einen neuen Kochherd in die Küche stelle und die Glockenleitung in die Mägdekammer führe. Er behauptete, der Miethvertrag mit Schärrer sei nur unter der Bedingung geschlossen worden, daß diese Einrichtungen getroffen werden und er sei daher auch jetzt noch bereit,

einzuziehen, falls Wittwe Leimbacher die Bedingung erfülle. Man konnte sich aber nicht einigen und Weber miethete dann anderwärts. Die Konkursverwaltung hatte gar keine Kenntniß von dem mit Schärrer abgeschlossenen Vertrag und es wurde deßhalb auch bei der Veräußerung des Hauses ein solcher der Käuferin nicht überbunden.

Am 31. Dezember 1888 kündete Frau Leimbacher dem Weber die Wohnung auf den 1. April 1889 und belangte ihn nach Verfluß dieses Termines auf Bezahlung eines Halbjahrszinses von 400 Fr. für die Zeit vom 1. Oktober 1888 bis 1. April 1889. Der Beklagte bestritt jedoch der Klägerin die Activlegitimation, weil der von ihm mit Schärrer geschlossene Miethvertrag gar nicht auf sie übergegangen sei und machte eventuell geltend, daß der Vertrag ein bedingter gewesen und wegen Nichterfüllung der Bedingung nicht perfekt geworden sei. Die erste Instanz nahm den Uebergang des Miethvertrages gleichsam als selbstverständlich an, erklärte aber die zweite Einwendung für begründet und wies deßhalb die Klage ab.

Die zweite Instanz dagegen gelangte zu dem Schlusse, daß der Miethvertrag überhaupt nicht auf die Klägerin übergegangen sei und ihrer Klage schon aus diesem Grunde das Fundament fehle, weßhalb das erstinstanzliche Urtheilsdispositiv bestätigt wurde.

Gründe:

Die erste Instanz hat die Bestreitung der klägerischen Sachrechtfertigung verworfen, allein mit Unrecht. Es ist ganz verfehlt, wenn sie angenommen hat, der vom Beklagten mit Schärrer abgeschlossene Miethvertrag sei durch den Uebergang des Hauses auf die Klägerin gleichsam von selbst auf diese übergegangen, sie sei mit dem Erwerb des Hauses von selbst in die Miethvertragsrechte des Schärrer eingetreten und der Beklagte ihr Miether geworden. Denn es ist im Gegentheil ganz klar, daß zu einem solchen Uebergang eine bezügliche Willensäußerung der Konkursverwaltung dahin gehend nothwendig gewesen wäre, daß der Miethvertrag mit Schärrer der Klägerin überbunden werde, eine solche aber ist aus dem einfachen Grunde nicht erfolgt, weil die Konkursverwaltung den bezüglichen Miethvertrag gar nicht kannte. Sie wußte nichts von Miethvertragsrechten, die ihr zustehen und nichts von solchen, die dem Cridaren zustehen und konnte deßhalb natürlich auch nicht den Willen haben, solche auf die Erwerberin des Hauses übertragen zu wollen. Die Klägerin selbst hat nur ganz zufällig von jenem Miethvertrag zwischen Schärrer und dem Beklagten etwas erfahren. Angenommen nun aber, der Zufall hätte ihr diese Kenntniß nicht verschafft und sie würde deßhalb die Wohnung unmittelbar nach dem Erwerb anderweitig vermiethet haben, der Beklagte aber wäre gekommen und hätte sie aus Vertragsbruch auf Schadenersatz belangt, so ist ganz klar, daß er abgewiesen worden wäre, weil von Uebergang eines Vertrages auf die Klägerin, von dem sie keine Ahnung gehabt habe, keine Rede sein könne; ohne Zweifel hätte sie diesen Standpunkt auch sofort geltend gemacht und nun dürfte ziemlich selbstverständlich sein, daß die Sachlage rechtlich dadurch keine Aenderung erfährt, daß Klägerin, nachdem sie das Haus bereits erworben hatte, von dem seinerzeitigen Abschluß eines Miethvertrages mit dem Cridaren zufällig Kenntniß erhalten hat.

Kleinere Mittheilungen.

Definitiver oder einstweiliger Klagerückzug?

Ein Kläger schrieb dem Bezirksgericht: „Es kommt zwischen den Parteien ein privater Vergleich zu Stande und zieht deßhalb der Kläger die Klage zurück.“ Diese Eingabe ist auch vom Beklagten unterschrieben worden. Das Gericht schrieb den Prozeß ab. Nachher erhob Kläger den nämlichen Anspruch neuerdings, der Beklagte stellte aber der neuen Klage unter Berufung auf den § 441 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege die Einrede der abgeurtheilten Sache entgegen und siegte erstinstanzlich damit ob. Die zweite Instanz verwarf aber die Einrede, indem sie ausführte: Die dem Klagerückzug

beigegebene Begründung: „es kommt ein privater Vergleich zu Stande,“ zeigt deutlich, daß der Kläger auf den Klaganspruch nicht verzichten, sondern dessen gerichtliche Verfolgung nur für *einstweilen* d. h. vorbehältlich ihrer spätern Erneuerung, falls der erwartete Vergleich nicht zu Stande komme, einstellen wollte. Da es zu einem bloß einstweiligen Klagerückzug der Einwllligung der Gegenpartei bedarf, wurde denn auch ganz richtig die Unterschrift des Beklagten eingeholt. Verschieden von der Einrede der abgeurtheilten Sache ist natürlich diejenige des Vergleiches. Soweit ein solcher festgestellt wird, ist begreiflich sein Inhalt und nicht der ursprüngliche, durch den Vergleich konsumirte Anspruch zu Recht bestehend, die Einrede des Vergleiches aber ist von der ersten Instanz gar nicht gewürdigt worden und muß sie deßhalb dazu verhalten werden. (Obergericht Zürich, Appellationskammer, 3. September 1889.)

Einrede der abgeurtheilten Sache.

Der klageweisen Geltendmachung eines Forderungsanspruches, der vom Kläger gegenüber dem nämlichen Beklagten bereits in einem frühern Rechtsstseite mit der Compensationseinrede erhoben, aber als materiell unbegründet verworfen wurde, steht die Einrede der abgeurtheilten Sache entgegen, denn es kann keinen Unterschied machen, ob ein Anspruch in Folge klageweiser oder einredeweiser Geltendmachung verworfen wurde. Die Hauptsache ist nur die, daß darüber materiell entschieden, derselbe urtheilsmäßig als nicht zu Recht bestehend erklärt worden ist. Es ist also allerdings auseinanderzuhalten die Verwerfung der Compensationseinrede, weil die Voraussetzungen der Verrechnung nicht gegeben sind und dagegen die Verwerfung derselben wegen Nichtexistenz der angeblichen Gegenforderung. Nur die letztere enthält eine Entscheidung über die Forderung selbst und begründet folglich auch nur sie die Einrede der abgeurtheilten Sache (siehe Windscheid, Pandekten § 130 lit. b. und Anmerkung 21). (Obergericht Zürich, Appellationskammer, 3. September.)

Causalzusammenhang.

Ein Knabe wurde am 31. Oktober 1888 von einem Hund in den linken Oberarm gebissen. Weil die Wunde ziemlich tief war und sich bald Entzündungserscheinungen zeigten, mußte sofort ärztliche Behandlung eintreten. Am dritten Tage nach Eintritt der Bißwunde klagte der Patient auch über Schmerzen auf der Brust, es traten erhöhte Fieber mit Erbrechen ein und es entstand eine Brustfellentzündung. Der Knabe genas indessen nach längerer Krankheit wieder und es belangte dann sein Vormund den Hundeeigenthümer auf Schadenersatz. Derselbe ging bei der Schadensberechnung davon aus, daß auch die Brustfellentzündung mit der Attaque zusammenhänge, welche der Hund auf den Knaben gemacht hatte. Der Beklagte bestritt dieß und machte deßhalb geltend, daß alle Schadensfaktoren, welche mit der Brustfellentzündung im Zusammenhang stehen, außer Betracht fallen müssen. Der behandelnde Arzt sprach sich dahin aus: Wie er gehört habe, soll der Knabe von dem Hund überworfen worden sein, es sei möglich, daß dabei eine innere Verletzung eingetreten sei, welche zu der Entzündung habe führen müssen. Aber auch eine Entzündung der innern Organe in Folge der Bißwunde sei gedenkbar. Einen andern Anhaltspunkt für die Entstehung der Brustfellentzündnng habe er nicht.

Beide Instanzen nahmen an, daß der Causalzusammenhang zwischen dem Anfall des Knaben durch den Hund und der Brustfellentzündung als gegeben angesehen werden dürfe. Die zweite Instanz sagte dießfalls:

Die Thatsachen, daß sich die Brustfellentzündung *ganz kurz* nach der Erkrankung des Knaben in Folge des Anfalles durch den Hund des Beklagten eingestellt hat, daß dieselbe nach dem Urtheil des behandelnden Arztes sehr wohl die Folge dieses Anfalles sein kann und daß dagegen anderseits alle Anhaltspunkte für den Eintritt einer andern Ursache der Entzündung mangeln, müssen zur Feststellung des Causalzusammenhanges genügen. (Obergericht Zurich, Appellationskammer, 31. August 1889.)

Vertrag, gerichtet auf Beförderung von etwas Verbotenem.

Seine Ungültigkeit gemäß Art. 17 des O.-R,

Ein Hauseigenthümer vermiethete einen Laden und eine Wohnung an eine Bordellhalterin, wissend, welches Gewerbe seine Mietherin betreibe und daß sie dasselbe auch in seinem Hause fortbetreiben wolle. Mit Rücksicht darauf wurde denn auch der Miethzins in einem das Normale mehr als um die Hälfte übersteigenden Betrage festgesetzt. Vermiether und Mietherin wurden dann wegen Kuppelei bestraft. Darauf zog die letztere sofort, ohne Kündigung, aus und die betreffenden Räumlichkeiten standen in Folge dessen während zwei Monaten leer. Für diese zwei Monate verlangte der Vermiether die Zahlung des Zinses, weil eine sofortige Vertragsauflösung unzulässig gewesen sei. Die Beklagte wendete ein, daß der Miethvertrag, weil zur Förderung eines unsittlichen Zweckes geschlossen, ungültig sei und folglich auch keine Forderungsklage aus demselben hergeleitet werden könne. Sie siegte auch damit ob.

Die Klage wurde abgewiesen.

Gründe:

1. Die Klage ist abzuweisen, weil der Vertrag, aus welchem die geltend gemachte Forderung abgeleitet wird, sich als ein unsittlicher im Sinne von Art. 17 des O.-R. darstellt und somit nicht als rechtsverbindlich erscheint.

2. Nach dem Wortlaut des Art. 17 könnte man zwar allerdings der Ansicht sein, daß nur solche Vereinbarungen unter die genannte Gesetzesbestimmung fallen, welche sich auf eine unsittliche Leistung als solche richten, im vorliegenden Falle also von einem eigentlichen unsittlichen Vertrag nicht gesprochen werden könne, da die Ueberlassung von Wohnräumen zum miethweisen Gebrauch an und für sich keinen Verstoß gegen die Sittlichkeit in sich schließt. Richtigerweise muß man aber doch bei der Interpretation des Art. 17 des O.-R. weiter gehen und annehmen, daß der eidgenössische Gesetzgeber mit demselben auch alle diejenigen Abmachungen habe treffen wollen, welche zu einem unsittlichen Zwecke (um einer turpis causa willen) abgeschlossen worden sind. Dafür spricht der Umstand, daß auch die meisten andern Rechtssysteme, namentlich auch das gemeine Recht von der letztern Auffassung ausgehen und das Bundesgesetz über das Obligationenrecht hier sicher nur einen, auch sonst allgemein geltenden Satz hat bestätigen wollen. Darüber aber, daß bei dieser weiter gehenden Interpretation der in Frage kommende Miethvertrag in den Rahmen des Art. 17 hineingehört, braucht irgend ein Wort nicht verloren zu werden. (Obergericht Zürich, Appellationskammer, 7. September 1889.)

Betrug

oder bloss polizeilich zu ahndende Steuerdefraudation?

Kassationsgericht Zürich. 19. August 1889.

Gegen das in der letzten Nummer dieser Blätter unter dem Titel: „Strafrecht“ mitgetheilte freisprechende Urtheil der Appellationskammer des Obergerichtes reichte die Staatsanwaltschaft Nichtigkeitsbeschwerde ein, wurde aber damit abgewiesen und zwar

aus folgenden Gründen:

1. Nach § 3 des Gesetzes betreffend das Halten von Hunden und die Besteuerung derselben vom Jahre 1876 beträgt die jährlich zu entrichtende Taxe für einen Hund 12 Fr. und für jeden weitern Hund, welcher in einer Haushaltung gehalten wird, 18 Fr. § 5 ibidem bestimmt, daß wer es unterläßt, seinen Hund bezeichnen zu lassen d. h. zu versteuern, den doppelten Betrag der festgesetzten Gebühren und Taxen und überdieß eine Buße von 1—5 Fr. zu bezahlen habe. Nun hat der Angeklagte Süß seine beiden Hunde versteuert, aber nur je mit der einfachen Taxe von 12 Fr. oder zusammen 24 Fr., während er 12 plus 18 = 30 Fr. hätte zahlen sollen. Die Entrichtung der höheren Steuer umging er dadurch, daß er der Steuerbehörde nur einen Hund vorführte und den anderen durch

den Angeklagten Hasler, dem er vorher den Steuerbetrag zugestellt hatte, als dessen Eigenthum versteuern ließ. In Folge dieser Manipulation war für jeden der beiden Hunde, welche angeblich verschiedenen Eigenthümern gehörten, nur die einfache Taxe von 12 Fr. zu zahlen.

2. Die Staatsanwaltschaft ist nun der Ansicht, daß der oben citirte § 5 nur dann zur Anwendung komme, wenn der Eigenthümer eines Hundes es unterlassen, der Polizeibehörde davon Anzeige zu machen, daß er im Besitze eines Hundes sei, daß dagegen die auf andere Weise verübte Umgehung des Gesetzes als Betrug zu verfolgen sei. Nach dieser Theorie läge also eine blos polizeilich zu ahndende Uebertretung des Gesetzes betr. die Besteuerung der Hunde vor, wenn der Angeklagte Süß den Besitz eines zweiten Hundes einfach abgeleugnet bezw. verschwiegen und Staat und Gemeinde um den ganzen Steuerbetrag verkürzt hätte; dagegen wäre der Angeklagte nunmehr wegen Betruges zu bestrafen, weil die eingeklagte Gesetzesumgehung durch eine positive Täuschung der Steuerbehörde begangen worden ist. Diese Auffassung ist jedoch unrichtig.

3. In dem bereits citirten § 5 des Gesetzes betr. die Besteuerung der Hunde ist allerdings nur von dem am häufigsten vorkommenden Fall der *gänzlichen* Steuerhinterziehnng die Rede, welche dadurch begangen wird, daß der Steuerpflichtige der Steuerbehörde gegenüber die Thatsache, daß er im Besitze eines oder mehrerer der Besteuerung unterliegenden Hunde ist, verheimlicht. Der Wortlaut des Gesetzes hindert aber nicht, den § 5 auch auf eine *theilweise* Defraudation der Steuer anzuwenden, welche in anderer als in vorerwähnter Weise z. B. durch unredliche Manipulationen (wie im vorliegenden Fall) begangen worden ist. Sieht man einen Moment von der Existenz des mehrfach erwähnten § 5 ab, so macht es qualitativ keinen Unterschied, ob die Steuerdefraudation durch Unterdrückung einer wahren, oder durch wissentliche Vorbringung einer falschen Thatsache begangen worden ist; in beiden Fällen sind äußerlich die Merkmale des strafrechtlichen Betruges vorhanden. Um so weniger ist es gerechtfertigt, die Hinterziehung der Hundesteuer je nach der Art der Begehung als Uebertretung oder als kriminellen Betrug zu beurtheilen. Daß eine derartige Praxis dem Sinne des Gesetzes über die Besteuerung der Hunde nicht entspricht, zeigt — worauf schon der Vorderrichter mit Recht hingewiesen hat — eine Vergleichung mit den Strafbestimmungen unserer wichtigsten Steuergesetze, nämlich des Gesetzes über die Vermögens-, Einkommens- und Aktivbürgersteuer und des Gesetzes betr. die Erbschaftssteuer. Nach § 39 des ersten und § 11 des zweiten Gesetzes sind auf Verheimlichung von Vermögenstheilen, um sie der Inventarisation zu entziehen, auf Verheimlichung von Erbschaften, Schenkungen etc. und andere Umgehungen des Erbschaftssteuergesetzes, z. B. fingirte Rechtsgeschäfte, zehn- bezw. dreifach erhöhte Steuern als Strafe gesetzt. Der § 749 (337) des pr. G.-B. bedroht Bevormundete und Personen, gegen welche die Bevogtigungsklage eingeleitet ist, mit Polizeistrafe, wenn sie bei der Inventarisation Vermögensstücke verheimlichen oder unredlicherweise Schulden vorspiegeln. Der ausgesprochene Wille des Gesetzgebers geht also dahin, daß alle diese Deliktsfälle, auch wenn die gröbsten Täuschungen der Behörden stattgefunden haben, als Gesetzesübertretungen und nicht als Vergehen wider das Strafgesetz zu verfolgen sind. Was nun aber in Steuerfällen, wo viel bedeutendere Interessen des Fiskus in Frage stehen, Rechtens ist, das gilt auch mit Bezug auf die Umgehungen des Gesetzes betr. die Besteuerung der Hnnde, welche Umgehungen ja ausnahmslos von geringfügiger Bedeutung sind. Soweit die einzelnen Steuergesetze nicht klare anderweitige Bestimmungen enthalten, handeln die Gerichte nur der Intention des Gesetzgebers gemäß, wenn sie verhindern, dass gleichartige Steuerdelikte das eine Mal als Uebertretung und das andere Mal als Betrug bestraft werden. Das angefochtene Urtheil ist demnach aufrecht zu erhalten.

Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.

Der Eigenthumserwerb durch Specifikation.

Von Dr. A. Sulzer.

Preis 3 Franken.

Der Verfasser geht den juristischen und praktischen Gründen der verschiedenen Theorien nach, die von den römischen Juristen in der Specifikationslehre aufgestellt worden sind und verfolgt diese Gründo in ihre Konsequenzen. Immer noch wird über die Fundamente der römischen Spezifikationstheorie gestritten und nach wie vor sind alle Einzelheiten controvers. Der Verfasser verwerthet nun die neuern Untersuchungen auf dem Gebiete der römischen Nationalökonomie und führt den Nachweis, daß sich die römischen Juristen in dieser Lehre lediglich von volkswirthschaftlichen Gesichtspunkten leiten liessen und daß die beiden Schulen (Proculianer und Sabinianer) auf Grund widersprechender wirthschaftlicher Anschauungen über die Bedeutung der Produktionsfaktoren, wie sie in ganz gleicher Weise auch in der modernen Volkswirthschaft aufgestellt sind, zu ihren verschiedenen Ansichten gelangten.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W.

Soeben erschien:

Hauptverzeichniss

der

von dem Kaiserlichen Patentamt in der Zeit vom 1. Juli 1877 bis zum 31. Dezember 1888 ertheilten und noch in Wirkung stehenden

Patente.

Zugleich

Register

zu den

Auszügen aus den Patentschriften.

Jahrgang 1888.

Preis M. 25, geb. M. 28, bei postfreier Zusendung je 50 Pf. mehr.

Das Verzeichniss wird folgende Theile umfassen:

1. Eine «Chronologische Uebersicht der vom 1. Juli 1877 bis zum 31. Dezember 1888 ertheilten und noch in Wirkung stehenden Patente», II. eine «Systematische Uebersicht der vom 1. Juli 1877 bis zum 31. Dezember 1888 ertheilten und noch in Wirkung stehenden Patente», III. ein «Alphabetisches Namenverzeichniss der Patentinhaber», IV. ein «Alphabetisches Sachverzeichniss», V. ein «Verveichniss der in die Uebersichten I und II aufgenommenen, aber vor dem 18. April 1889 gelöschten Patente».

Es ist hiermit ein Werk geschaffen, welches rasch und genau Auskunft gibt über alle Patente, die seit dem Bestehen des Kaiserlichen Patentamtes zur Anmeldung gekommen sind.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. Oktober 1889. VIII. Band. № 19.

Schweizer Blätter für

Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die „Amerikanische Schweizer-Zeitung", 18 Ann Str., New-York.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Handelsgericht Zürich.

30. August 1889.

Andrea Costa & Cie. in Genua, Kläger,
gegen
Julius Hes & Cie. in Zürich, Beklagte.

Forderungsklage aus einem italienischen Civilurtheil, eventuell aus Kauf.

Distanzkauf. Die Verpflichtung des Verkäufers, für die Versendung der Waare zu sorgen. Umfang seiner Verantwortlichkeit für den Schaden aus der Versendung an einen *un*richtigen Bestimmungsort.

Die Kläger betreiben die Fabrikation von Säcken. Am 24. April 1888 verkauften sie dem Beklagten: „3800 Säcke, Hessians unserer Qualität E 2 — 190 × 137 c/m, im Gewicht von ca. 1300—1325 Gramm per Sack franco Ponte-Decimo (Eisenbahnstation außerhalb Genua in der Nähe der Fabrik der Kläger) à 107 Cts., netto gegen sofortigen Chek Genua nach Empfang der Factura."

Am 2. Juni 1888 schreiben Hes & Cie. an die Kläger: „Wir fragen Sie hiemit an, bis wann Sie *die bestellten 3800 Säcke oder wenigstens einen Theil davon* auf den Weg bringen können, da *unser Kunde* die Ablieferung schon jetzt haben möchte. Es wäre uns wegen der Frachtersparniß allerdings lieber gewesen, wenn wir die 5000 Kilo hätten zusammen spediren können und bitten wir Sie höflich, dieß, wenn immer möglich, zu bewerkstelligen."

Mit Brief vom 8. Juni antworteten die Kläger, daß sie von fraglichen Säcken prompt ca. 1500 Stück senden können; der Rest werde Ende Juni fertig sein, sie gewärtigen Bericht, ob sie die 1500 Stück zum Versandt bringen sollen. Hierauf gaben Hes & Cie. am 10. Juni Ordre, die fertigen 1500 Stück Säcke sofort gepackt und gezeichnet J. H. & Cie. an die Herrn Fratelli Gondrand (Speditionshaus) in Genua zu spediren und ihnen, den Beklagten, Factura zukommen zu lassen. In einem Postscriptum ist beigefügt: „Den Rest der Säcke erwarten wir so bald wie möglich in einer Sendung." Am 12. Juni spedirten Kläger die 1500 Stück gemäß der erhaltenen Anweisung an Fratelli Gondrand in Genua und sandten den Beklagten gleichzeitig Factur, in welcher die Frankolieferung *nach Genua* an Fratelli Gondrand vorgemerkt ist. Am 14. Juni benachrichtigten Hes & Cie. die Gebrüder Gondrand in Genua, daß sie von Andrea Costa & Cie. in Ponte-Decimo

per Bahn 5 Ballen leere Säcke zugesandt erhalten werden und gaben die Ordre, dieselben an Giovanni Huber in Lecco weiter zu spediren; sie fügten bei: „Es werden Ihnen in Kürze weitere Sendungen zugehen."

Nachdem die Beklagten am 19. Juni die Factur für die erste Lieferung mit 1605 Fr. regulirt hatten, fragten sie am 30. Juni an: „Wann erhalten wir den Rest der Hessian-Säcke geliefert." Am 11. Juli übermachten die Kläger den Beklagten Factur über die restlichen 2300 Säcke im Betrage von 2461 Franken. Aus der Factur war ersichtlich, daß die Waare als gewöhnliches Frachtgut (colla ferrovia S. V.) und bezeichnet J. H. No. 1724/31, franco Ponte-Decimo zum Versandt gebracht worden war; den Bestimmungsort gibt dieselbe aber nicht an. Sofort nach Eingang der Factur avisirten die Beklagten mit Schreiben vom 14. Juli die Gebrüder Gondrand in Genua von dem nächstigen Eingang der 2300 Säcke mit der Ordre zur Weiterbeförderung an Giovanni Huber in Lecco.

Als Hes & Cie. am 20. Juli noch ohne Empfangsanzeige seitens der Gebrüder Gondrand waren, hielten sie bei den Klägern Nachfrage nach dem Verbleib der Säcke und empfingen vermittelst Postkarte vom 21. Juli den Bescheid, daß die Säcke laut ihrem, der Beklagten Brief, vom 10. Juni direkt nach Zürich gesandt worden seien; eine Instruktion zur Absendung auch dieses Restes an Fratelli Gondrand sei den Klägern nie ertheilt worden. Und wirklich gelangten die 8 Ballen Säcke noch am gleichen 21. Juli in Zürich an. Mit Brief vom nämlichen Tage, welcher sich mit der Postkarte der Kläger kreuzte, drückten die Beklagten ihr Erstaunen darüber aus, wie Kläger dazu kommen, die Säcke in die Schweiz zu senden, nachdem ihnen Ordre gegeben worden sei, solche an die Gebrüder Gondrand in Genua abgehen zu lassen: „Wir kaufen doch nur Säcke in Italien, weil solche für Schweizer Firmen in Italien verwendet werden, denn die gleichen Säcke kommen uns beispielsweise hier um mindestens 30 Cts. per Sack billiger als von Italien geliefert." Es wird beigefügt: „Die Säcke sind über Luino in die Schweiz gegangen, wurden auch in Luino verzollt und bitten Sie höflichst und dringend, die Säcke dorthin zurückgehen zu lassen, damit der schweizerische Zoll zurückvergütet wird und die Säcke auch wieder zollfrei in Italien eingehen. Wir dürfen nämlich die Waare hier nicht berühren und muß die Angelegenheit bahnamtlich erledigt werden, damit das Zollamt keinen Anstand nimmt, den Zoll zurückzuvergüten. Schreiben Sie deßhalb sofort nach Luino, daß die 8 Ballen zurückkommen, weil ein Irrthum in der Spedition vorliegt. Die 8 Ballen wollen Sie dann gefälligst sofort ab Luino nach Mailand an Gebrüder Gondrand spediren lassen."

Die Kläger lehnten jede Verantwortlichkeit ab, weil sie instruktionsgemäß gehandelt haben, aber auch die Beklagten beharrten auf dem Standpunkt, daß das Vorgehen jener ein unrichtiges gewesen sei und demnach *sie* die Folgen tragen müssen. Diese Standpunkte wurden von den Parteien in der weitern, resultatlos gebliebenen Correspondenz im wesentlichen wie folgt begründet:

Die Kläger machten geltend:

Der Brief der Beklagten vom 10. Juni enthalte nur die Anweisung, die damals fertig gestellten 1500 Stück Säcke an die Gebrüder Gondrand in Genua zu senden und ertheile dagegen im Uebrigen mit der Bemerkung: „den Rest erwarten wir sobald wie möglich in einer Sendung", die Ordre, diesen Rest an Hes & Cie. selbst zu adressiren. Die Anfrage vom 30. Juni: „Wann erhalten *wir* den Rest der bestellten Hessian-Säcke" habe als Bestätigung dieser Ordre aufgefaßt werden müssen und jedenfalls wäre es Pflicht der Beklagten gewesen, unmittelbar nach Empfang der zweiten Factur telegraphisch zu reklamiren, in welchem Falle die Sendung noch rechtzeitig hätte zurückgehalten werden können. Denn aus der zweiten Factur haben dieselben, und zwar hauptsächlich bei einer Vergleichung mit der ersten, des Deutlichsten ersehen müssen, daß die Waare nicht an Gondrand frères in Genua, sondern nach Zürich abgesandt worden sei. Sie seien überhaupt berechtigt gewesen, den Wohnort der Beklagten so lange als Bestimmungsort der Waare anzusehen, als ihnen nicht *deutlich*

gesagt worden sei, daß die Waare anderswohin geschickt werden müsse, und nun dürfte wenigstens so viel klar sein, daß bezüglich der Restsendung eine deutliche Versandtinstruktion in dem Sinne nicht vorliege, daß dieselbe nach Genua zu gehen habe.

Die Beklagten antworteten:

In ihrem Briefe vom 2. Juni sei des Deutlichsten ausgesprochen gewesen, daß die *ganze* Bestellung für ein und denselben Kunden bestimmt sei, daß dieser Kunde die Ablieferung der ganzen Parthie möglichst schnell erwarte und daß auch ihnen, den Beklagten, der Spesenersparniß wegen die Lieferung der ganzen Partie *in einer Sendung* höchst erwünscht sei und eine Theilung nur dann stattzufinden habe, wenn es nicht anders gehe. Bei dieser Sachlage aber habe die Versandtdisposition vom 10. Juni bezüglich der 1500 Säcke ohne Weiters auch als für die Restlieferung geltend angesehen werden müssen und das Postscriptum „den Rest erwarten wir sobald wie möglich“ daran nichts ändern können. „Ob eine von uns bestellte Waare an uns oder nicht an uns adressirt wird, sind doch immer *wir* die Empfänger und erwarten also *wir* dieselbe, womit aber der Bestimmungsort überall nicht bezeichnet ist.“ Damit sei auch festgestellt, daß das „wir“ in ihrem Briefe vom 30. Juni durchaus nicht im Sinne der Kläger habe verstanden werden können und dürfen. Die letztern haben wissen müssen, daß die Beklagten, selbst Jutesäckefabrikanten, aus Italien nur Waare für den dortigen Consum beziehen und nicht für den schweizerischen, der mit der hiesigen Waare bedeutend billiger gedeckt werden könne. Zum Allermindesten hätten aber die Kläger vor der Absendung anfragen sollen, wohin die Säcke bestimmt seien. Auch wäre es ihre Pflicht gewesen, in der Factur oder in einem Begleitschreiben zu sagen, wohin sie die Waare geschickt haben; es hätte in diesem Falle der Uebergang auf Schweizer Zollgebiet verhindert werden können. Weil franco Ponte-Decimo gehandelt worden sei, seien die Kläger nie berechtigt gewesen, die Säcke nach Zürich zu schicken, sondern sie hätten dieselben bei der vorgeschützten Annahme, daß kein *besonderer* Lieferungsort bestimmt worden, den Käufern auf der Station Ponte-Decimo zur Verfügung halten sollen.

Die Kläger hatten sich bereit erklärt, Ihr Möglichstes zu thun, um den zollfreien Rückgang der Waare nach Luino zu veranlassen, falls die Beklagten sie jeder Verantwortlichkeit entlassen, die letztern wollten aber diese Bedingung nicht eingehen und deßhalb thaten auch die Kläger nichts, obschon sich ihre Rechtsstellung in keiner Weise verändert hätte, wenn sie den Rückgang der Waare unter gleichzeitigem Proteste gegen ihre Verantwortlichkeit veranlaßt haben würden. Die Kläger meinten, da die gelieferte Waare Ponte-Decimo verkauft worden sei, so haben natürlich die italienischen Gerichte den Streit zu entscheiden. Die Beklagten aber anworteten: „Sollten Sie glauben, auf gerichtlichem Wege eher zu Ihrem Gelde zu kommsn, so erwarten wir Ihre Ansprache *hier in Zürich*.“

Die Beklagten sandten schließlich die Säcke von hier aus an ihren Abnehmer J. Huber in Lecco, brachten an der Factur von

		Fr. 2461. —
in Abzug:		
1. die erlegte Fracht Genua-Zürich mit	Fr. 289.20	
2. Fracht Zürich-Lecco und italienischer Zoll mit	„ 920. —	„ 1209. 20
und bezahlten den Klägern nur den Rest mit		Fr. 1251. 80

Die letztern verlangten dann aber mittelst Klage beim Civilgericht Genua auch Bezahlung der 1209 Fr. 20 und da die Beklagten den Vorladungen dieses Gerichtes keine Beachtung schenkten, so wurden sie durch Contumacialurtheil vom 22. November 1888 auch zur Zahlung verurtheilt. Ebenso sind ihnen die Prozeßkosten aufgelegt worden.

Da die Beklagten die Vollstreckbarkeit des italienischen Urtheils bestritten, so reichten die Kläger im Juni 1889 endlich Klage beim Handelsgericht Zürich ein. Sie forderten mit derselben 1209 Fr. 20 restirenden Kaufpreis und 386 Fr. 20 in Genua ergangene Prozeßkosten.

Die Beklagten bestritten die Klage im ganzen Umfange, weil der Hauptforderung eine

Schadenersatzforderung im gleichen Betrage gegenüber stehe und die Nebenforderung von 386 Fr. 20 an sich unbegründet sei. Die Kläger bestritten noch eventuell, die Fracht Genua-Lecco vergüten zu müssen, weil die Beklagten diese auch bei Versendung der Waare nach Genua statt nach Zürich hätten verausgaben müssen.

Das Gericht hiess die Klage im Betrage von 72 Fr. 30 nebst Zins gut, wies dieselbe dagegen im Uebrigen ab.

Gründe:

1. Die Kläger stützen ihren Forderungsanspruch zunächst auf das Urtheil und das Kostendecret des Civilgerichtes Genua, d. h. sie stellten in erster Linie die actio judicati. Allein diese Klage könnte nur dann gutgeheißen werden, wenn die Voraussetzungen, unter denen das zürcherische Prozeßrecht die Vollziehung ausländischer Civilurtheile allein zuläßt, in concreto vorliegen würden und das ist nicht der Fall. Ein Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Italien besteht nicht, Urtheilen aus Staaten aber, mit denen keine Staatsverträge bestehen, kann der hierseitige Richter nach § 752 des Rechtspflegegesetzes nur dann Vollziehung gewähren, wenn das betreffende Urtheil unzweifelhaft rechtskräftig und von einem Richter ausgefällt worden ist, welcher an sich, d. h. nach der Gesetzgebung seines Landes competent war und dessen Competenz auch nicht durch die hierseitige Gesetzgebung ausgeschlossen wird. Und nun besteht allerdings kein Streit darüber, daß das Urtheil des Civilgerichtes Genua Rechtskraft erlangt hat und ebenso dürfte herstellbar sein, daß der Genuesische Richter die Kompetenz zur Entscheidung des Streites nach seinem *eigenen* Prozeßrecht hatte. Allein ebenso sicher ist es, daß sich kein Kompetenzgrund denken läßt, der die Zuständigkeit des italienischen Richters nicht nur nach seinem eigenen, sondern auch nach dem hiesigen Prozeßrechte begründet hätte und daß vielmehr dessen Zuständigkeit nach dem *hiesigen* Rechte ausgeschlossen war. Es könnte nämlich höchstens der Gerichtsstand des Vertrages in Frage kommen, der den italienischen Richter vermuthlich veranlaßt hat, die Klage an Hand zu nehmen. Dieser Kompetenzgrund ist aber eben nach hierseitigem Gesetz (§ 214) nur beim Zutreffen einer Reihe weiterer Bedingungen, die hier unzweifelhaft nicht vorliegen, anerkannt. Denn er besteht nur für Klagen aus Rechtsgeschäften, die ihrer Natur nach oder nach dem Willen beider Parteien am Orte ihres Abschlusses *sofort* beidseitig zu erfüllen sind und nur so lange als der Beklagte an dem betreffenden Orte anwesend ist oder Vermögensstücke daselbst besitzt, hier hat man es aber weder mit einem Rechtsgeschäfte dieser Art zu thun, noch waren die Beklagten bei dessen Abschluß in Genua anwesend oder hatten Vermögensstücke daselbst.

2. In zweiter Linie stützen sich die Kläger bezüglich ihres Hauptanspruches im Betrage von 1209 Fr. 20 auf den mit den Beklagten abgeschlossenen Kauf und bezüglich des Nebenanspruches im Betrage von 386 Fr. 20 Rp. auf vertragliches Verschulden der Beklagten. Nun ist der Kauf nicht streitig und anerkannt, daß die Kläger aus demselben an sich noch 1209 Fr. 20 Rp. zu fordern haben, dagegen machen die Beklagten eine gleich große Gegenforderung für Schaden geltend, den die Kläger ihnen durch vertragliches Verschulden zugefügt haben und diese Compensationseinrede ist in der Hauptsache begründet. Bei allen Distanzkäufen hat entsprechend der bestehenden Verkehrssitte als stillschweigend vereinbart zu gelten die Abmachung, daß der Verkäufer die Versendung der Waare an den Käufer besorge. Es ist dieß aber nicht ein spezielles, außer dem Kaufvertrag liegendes Mandat des Käufers an den Verkäufer, sondern eine stillschweigende, sich von selbst verstehende Nebenberedung des Kaufsgeschäftes und kann somit der Verkäufer die Verpflichtung nicht durch einseitige Kündigung aufheben, sondern er muß sie erfüllen und ist für die Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung verantwortlich. Wohin die Versendung stattzufinden hat, bestimmt natürlich der Käufer, unterläßt er aber diese Bestimmung, so folgt daraus für den Verkäufer nicht ohne Weiters die Berechtigung, dem Käufer die Waare nach dem Orte seiner Handelsniederlassung zu über-

senden, namentlich dann nicht, wenn der letztere die Waare ersichtlich behufs Weiterveräußerung im Großhandel gekauft hat und natürlich noch viel weniger in denjenigen Fällen, wo zudem besondere Verhältnisse auf einen andern Bestimmungsort hinweisen. Hier ist es Pflicht des Verkäufers, Versandtinstruktion zu verlangen und sodann nach dieser zu handeln (siehe Entsch. des Reichs-Oberhandelsgerichtes Bd. XVIII S. 16). Nun lagen die Verhältnisse im vorliegenden Falle der Art, daß die einfache Versendung der Waare nach Zürich, den Handelsniederlassungsort der Beklagten, eine durchaus fahrlässige Handlungsweise der Kläger genannt werden muß. Es ist ganz unrichtig, wenn die Kläger aus dem Postscriptum im Briefe der Beklagten vom 10. Juni: „den Rest der Säcke erwarten wir sobald wie möglich in einer Sendung", die Anweisung zur Versendung der Waare nach *Zürich* herauslesen. Denn der Satz enthält ja überhaupt keine Anweisung für die Spedition, sondern nur den Wunsch, daß die Versendung *bald* erfolge und daß sie das *gesammte* Restquantum umfasse. Es mangelt durchaus jeder Grund, das Wörtlein „wir" besonders zu betonen, denn die Beklagten sagen darauf gewiß mit vollem Recht, daß sie immer diejenigen seien, welche die Waare erwarten, gleichviel ob dieselbe nach Zürich oder nach Genua geschickt werden müsse und deßhalb das „wir" mit dem Bestimmungsort der Waare nichts zu thun haben könne. Die Kläger hätten auch bei nur einigem Nachdenken zu diesem nämlichen Schlusse gelangen müssen und dann wäre die Situation höchstens die gewesen, daß es an der deutlichen Bezeichnung eines Bestimmungsortes mangle. In diesem Falle durften sie aber die Waare nicht einfach nach Zürich schicken, weil alle Verhältnisse dagegen sprachen, daß dieselbe dort erwartet werde. Diese Verhältnisse hätten die Kläger veranlassen sollen, die Beklagten in Anfrage zu setzen, wohin die Waare geschickt werden müsse. Im Brief vom 2. Juni war deutlich gesagt, daß die bestellten 3800 Säcke für *einen* Kunden bestimmt seien und daß es den Beklagten am liebsten wäre, wenn dieselben in *einer* Lieferung zum Versandt kämen, dieser Umstand aber sprach doch gewiß im höchsten Grade gegen die Auffassung, daß der Bestimmungsort der beiden Sendungen ein verschiedener sei; er deutete vielmehr durchaus darauf hin, daß das Restquantum an den nämlichen Ort bestimmt sei wie die erste Lieferung. Es mag dahingestellt bleiben, ob die Kläger aus den beiden Briefen vom 2. und 10. Juni *mit aller Sicherheit* haben entnehmen können, daß die *ganze* Parthie Säcke an die Gebrüder Gondrand in Genua geschickt werden solle oder nicht, denn jedenfalls sprachen dieselben vielmehr für diese Auffaßung als dafür, daß die beiden Lieferungen an verschiedene Orte bestimmt seien und bei dieser Sachlage hätten die Kläger eben fragen sollen. Dazu war um so mehr Veranlaßung vorhanden, als auch die Preis- und Zollverhältnisse durchaus *gegen* Zürich und dagegen für einen Ort in Italien als Bestimmungsort der Waare sprachen; denn es ist ja nicht bestritten und übrigens im Wissen einzelner kaufmännischer Mitglieder des Gerichtes, daß nach diesen Verhältnissen an einen Absatz der Jutesäcke *in der Schweiz* nicht zu denken war, sondern dieselben durchaus auf Italien selbst als Absatzgebiet hinwiesen. Wenn es in der Factur vom 11. Juli heißt, die Sendung gehe gemäß Vereinbarung franco bis Ponte-Decimo und es reise dieselbe als gewöhnliches Frachtgut, so konnten die Beklagten hieraus unmöglich entnehmen, daß die Säcke nach Zürich aufgegeben worden seien und so haben sie denn auch im guten Glauben, daß die zweite Lieferung wieder an das Speditionshaus Gebrüder Gondrand in Genua gehe, diesen einen Avis und die Anweisung zur Weiterspedition an Johs. Huber in Lecco zukommen lassen. Die Beklagten können demnach nicht dafür verantwortlich gemacht werden, daß die Sendung in ihrem Lauf nicht aufgehalten worden ist. Es trifft vielmehr auch hier das Verschulden die Kläger, weil sie es entgegen aller kaufmännischen Gepflogenheit unterlassen haben, in der Factur oder in einem Begleitschreiben Angaben über Art und Weise der Versendung und den Bestimmungsort zu machen.

3. Der Schaden, den die Beklagten in Folge

des unrichtigen Vorgehens der Kläger erlitten haben, besteht in den Mehrauslagen, welche ihnen die Versendung der Waare nach Zürich statt nach Genua verursacht hat. Sie beziffern dieselben auf den Betrag der Hauptklagesumme (1209 Fr. 20) und es ist gegen dieses Quantitativ nur insoweit eine Bestreitung erfolgt, als verlangt wurde, daß von den 1209 Fr. 20 die Frachtkosten für die Strecke Genua-Lecco abgezogen werden und dieses Begehren ist natürlich vollständig begründet, weil die Beklagten die Fracht für diese Strecke auch bei richtigem Vorgehen der Kläger hätten auslegen müssen. Nach dem Wissen einzelner Gerichtsmitglieder, auf deren Ermessen die Kläger dießfalls abgestellt haben, ist jene Theilstrecke ungefähr auf einen Viertheil der Gesammtstrecke Zürich-Lecco anzuschlagen und es muß deßhalb von den 289 Fr. 20, welche auf diese Gesammtstrecke fallen, ein Betrag von 72 Fr. 30 Rp. abgezogen werden. In diesem Betrage ist also die Klage nebst Zins gutzuheißen, im übrigen dagegen zu verwerfen, weil die weitergehende Kaufpreisforderung durch die Schadenersatzforderung der Beklagten kompensirt wird und sich der Anspruch auf Ersatz der Kosten des in Genua geführten Prozesses mit 386 Fr. 20 bei der sich aus dem bisher Gesagten ergebenden Annahme, daß die Kläger jenen Prozeß mit Unrecht geführt haben, natürlich als unbegründet darstellt.

4. Die Kosten des Prozesses sind den prinzipiell unterliegenden Klägern zu überbinden, dagegen ist von Zusprechung einer Prozeßentschädigung an die Beklagten abzusehen, einmal, weil sie immerhin 72 Fr. 30 zahlen müssen, also insofern unterliegen und sodann aber auch, weil sie in Sachen nicht Alles dasjenige gethan haben, was ihnen billigerweise hätte zugemuthet werden dürfen; die fehlerhafte Spedition wäre unterblieben, wenn sie die für die erste Lieferung gegebene Versandtinstruktion für die Restlieferung wiederholt hätten.

Vorbehaltsloser Klagerückzug

durch einen nicht speziell dazu bevollmächtigten Parteivertreter.

Die auf einen solchen Rückzug erfolgte Prozeßabschreibung begründet trotz ihres Widerspruchs mit dem § 258 Abs. 2 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege, wenn sie nicht angefochten worden ist, gegenüber einer spätern Geltendmachung des nämlichen Anspruches die Einrede der abgeurtheilten Sache (§ 441 des Rechtspflegegesetzes).

Obergericht Zürich, Appellationskammer,
7. September 1889.

Der Zimmermeister A. Bertschinger in Hottingen erstellte im Juni und Juli 1888 die Einsteighalle der Zürichbergbahn an der Leonhardsgasse. Er beschäftigte bei der Baute durchschnittlich 7 Arbeiter. Als solcher stand auch der Zimmermeister Studer in seinem Dienst. Am 10. Juli waren Bertschinger, Studer und zwei andere Arbeiter damit beschäftigt, Bretter auf die Dachrafen aufzunageln, auf welche Bretter dann die Schiefertafeln hätten gelegt werden sollen. Bertschinger und zwei Arbeiter bedienten sich dabei der Vorsichtsmaßregel, daß sie, um ein Ausgleiten zu verhüten, Klammern in die Latten schlugen, an denen sie sich mit der einen Hand halten und gegen die sie die Füsse stemmen konnten. Studer ließ dagegen diese Vorsichtsmaßregel außer Acht und zwar trotzdem ihn der Meister, wie wenigstens von diesem behauptet wird, noch besonders auf die Nothwendigkeit derselben aufmerksam gemacht hat. Er entschuldigt sich damit, daß man zu diesem Zwecke sonst keine Klammern brauche, sondern gewöhnlich eine Latte anschlage, um sich mit den Füßen halten zu können, daß aber am 10. Juli keine Latten zur Verfügung gestanden hätten. Studer glitt aus und fiel aus einer Höhe von ungefähr 6 Meter ab dem Dach. Die Folge war ein Knochenbruch am Knöchel des rechten Fußes und eine daraus resultirende Arbeitsunfähigkeit von 42 Tagen.

Am 29. August 1888 gab Studer einem C. Obrist in Oberstraß den Auftrag, in seinem

Namen den Zimmermeister Bertschinger auf dem Wege des ordentlichen Civilprozesses auf Bezahlung einer Haftpflichtentschädigung von 225 Fr. 50 zu belangen und stellte demselben zu diesem Zwecke eine allgemeine Prozeßvollmacht (§ 258 Abs. 1 des Rechtspflegegesetzes) aus. Am 17. September 1888 leitete darauf Obrist die Klage beim Friedensrichteramt und am 23. September unter Vorlage der genannten Prozeßvollmacht beim Bezirksgericht Zürich ein. Die Hauptverhandlung wurde auf den 9. Oktober angesetzt, am 5. Oktober ging aber dem Gericht folgende von C. Obrist unterzeichnete Erklärung ein:

„Der Unterzeichnete als Bevollmächtigter des Jakob Studer zieht anmit die von demselben gegen A. Bertschinger eingereichte Entschädigungsklage zurück, da irrthümlicher Weise angenommen wurde, Beklagter sei dem eidgenössischen Haftpflichtgesetz unterstellt."

Trotz der Vorschrift des § 258 des Rechtspflegegesetzes, daß eine *allgemeine* Prozeßvollmacht die Befugniß zur Abstandserklärung nicht verleihe, sondern es dazu einer ausdrücklichen Ermächtigung des Vertreters seitens der Partei bedürfe, verlangte das Bezirksgericht die Vorlage einer solchen speziellen Ermächtigung nicht, sondern schrieb den Prozeß am 6. Oktober 1888 unter Bezugnahme auf die Erklärung des Obrist ohne Weiters als durch Rückzug der Klage erledigt ab und theilte diesen Erledigungsbeschluß mit. Für den Kläger nahm Obrist denselben in Empfang.

Nun scheint dem Studer von dritter Seite gesagt worden zu sein, daß Bertschinger doch unter dem Haftpflichtgesetz stehe; er beklagte sich deßhalb bei der Direktion des Innern. Diese ordnete gestützt auf den Art. 9 des Gesetzes vom 26. April 1887 eine Untersuchung durch das Statthalteramt an und verfügte dann unterm 3. Dezember 1888:

Das Statthalteramt Zürich sei eingeladen:

1. dem A. Bertschinger anzuzeigen, daß er *während der Zeit der Ausführung seiner Arbeiten am Stationsgebäude der Zürichbergbahn* unter dem Haftpflichtgesetz gestanden habe und demgemäß verpflichtet sei, den von Studer erlittenen Unfall vorschriftsgemäß zur Anzeige zu bringen, sowie dem Geschädigten den erlittenen Schaden voll und ganz zu ersetzen, sofern er nicht zu beweisen vermöge, daß dem Letztern ganz oder theilweise Selbstverschulden beigemessen werden könne, und
2. dem Studer mitzutheilen, daß er berechtigt sei, von Bertschinger volle Entschädigung zu verlangen und daß er, sofern eine gütliche Verständigung nicht erzielt werden könne, seine Entschädigungsforderung *neuerdings* beim Bezirksgericht Zürich anhängig machen könne.

Ueber diese Schlußnahme beschwerte sich Bertschinger beim Regierungsrath, weil er während der einzig in Betracht kommenden *jährlichen* Arbeitssaison durchschnittlich nie mehr als 5 Arbeiter beschäftigt habe. Mit Beschluß vom 29. Dezember 1888 wies aber der Regierungsrath die Beschwerde ab, weil aus der Vorschrift des Gesetzes, die Haftpflicht finde auch auf das Baugewerbe Anwendung, wenn der Arbeitgeber während der Betriebszeit durchschnittlich mehr als 5 Arbeitern beschäftige, folge, daß ein Unternehmer während der Zeit, in welcher er eine übernommene Arbeit ausführe und bei derselben das gesetzliche Minimum von 5 Arbeiter beschäftige, für die bei dieser Arbeit vorkommenden Unfälle haftpflichtig sei, gleichviel, ob seine Arbeiterzahl während der *jährlichen* Arbeitssaison das Minimum von 5 erreicht habe oder nicht, denn unter der Betriebszeit sei nur diejenige des Einzelunternehmens verstanden (ein Satz, zu dem man, in dieser Allgemeinheit ausgesprochen und ebenso bezüglich seiner Anwendung auf den concreten Fall wohl ein Fragezeichen machen darf).

Nun glaubte Studer natürlich, eine gewonnene Sache zu haben, er betrieb den Bertschinger für die schon früher geforderte Entschädigung und leitete auf erfolgten Rechtsvorschlag hin neuerdings Klage beim Bezirksgericht Zürich ein.

Der Beklagte wendete ein:

1. Es liege abgeurtheilte Sache vor, weil Kläger den nämlichen Anspruch schon einmal eingeklagt, die Klage aber vorbehaltslos

zurückgezogen habe (§ 441 des Rechtspflegegesetzes).

2. Das Haftpflichtgesetz, auf welches der Klageanspruch einzig gestützt werde, könne ihm gegenüber nicht angerufen werden, weil er während der *jährlichen* Arbeitssaison durchschnittlich nicht 5 Arbeiter beschäftigt habe. Die Auffassung des Regierungsrathes, daß hier nur die Arbeiterzahl während der Ausführung der betreffenden Baute in Betracht komme, sei verfehlt.

3. Eventuell müsse die Klage deßwegen abgewiesen werden, weil Kläger den Unfall selbst verschuldet habe.

Auf die erste Einwendung erwiderte der Kläger, daß Obrist keine Vollmacht zum Klagerückzug gehabt und ihm erst 14 Tage nachher davon Kenntniß gegeben habe.

Das Bezirksgericht verwarf die Einrede der abgeurtheilten Sache und nahm auch an, daß der Beklagte während der Ausführung des Stationsgebäudes der Zürichbergbahn dem Haftpflichtgesetz unterstellt gewesen sei, es wies aber die Klage wegen Selbstverschulden des Klägers als materiell unbegründet ab.

Die zweite Instanz schützte dagegen die Einrede der abgeurtheilten Sache und verwarf die Klage aus diesem Grunde.

Gründe:

1. Das Bezirksgericht ist auf das Materielle der Klage eingetreten und hat dieselbe sodann als unbegründet abgewiesen, weil es davon ausging, daß der Kläger den Unfall vom 10. Juli 1888, für dessen Folgen er den Beklagten verantwortlich machen will, selbst verschuldet habe. Allein es hätte dieß nicht geschehen, sondern das Bezirksgericht ein neues Eintreten auf die Klage deßwegen verweigern sollen, weil bereits abgeurtheilte Sache vorliegt. Das angefochtene Urtheil der ersten Instanz muß demnach zwar allerdings bestätigt werden, aber nicht auf Grund einer materiellan Prüfung des Klaganspruches, sondern gestützt auf die Einrede der abgeurtheilten Sache.

2. Es besteht nämlich darüber gar kein Streit, daß der gleiche Anspruch, der in diesem Prozesse geltend gemacht wird, schon am 23. September 1888 vom heutigen Kläger gegenüber dem Beklagten gerichtlich eingeklagt, die Klage dann aber nicht nur völlig vorbehaltslos, sondern sogar mit der besondern Begründung zurückgezogen worden ist, man habe sich überzeugt, daß der Beklagte dem Haftpflichtgesetz nicht unterstellt sei und somit auch für die Folgen des dem Kläger zugestoßenen Unfalles nicht verantwortlich gemacht werden könne. Und nun ist nach dem unter dem Titel „Erledigung des Rechtsstreites" figurirenden § 441 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege ganz klar, daß dieser Klagerückzug rechtlich die ganz gleiche Wirkung äußert, wie ein Urtheil, durch welches der Anspruch abgewiesen worden wäre, daß derselbe aber in diesem Falle nicht neuerdings erhoben werden kann, bedarf keiner weitern Begründung.

3. Der Kläger verweist nun freilich auf die Thatsache, daß nicht er persönlich die frühere Klage zurückgezogen hat, sondern sein damaliger Vertreter Obrist und daß dieser zum Klagerückzug nicht bevollmächtigt war. Allein daraus folgt nur, daß das Bezirksgericht den Klagerückzug ohne Beibringung einer Spezialvollmacht durch Obrist allerdings nicht hätte beachten, sondern dem Prozeß seinen Fortgang lassen sollen. Nun hat es aber eben das Gegentheil gethan, es hat die Rückzugserklärung trotz des Mangels einer Vollmacht in der Person des Obrist als für die Partei verbindlich erklärt, diese Erklärung in dem Prozeßerledigungsbeschluß ausgesprochen und denselben den Parteien eröffnet. Es liegt also ein rechtskräftig gewordener Gerichtsbeschluß des Inhalts vor, daß die Klage in Folge vorbehaltslosen Rückzuges dahin gefallen, der Prozeß seine Erledigung durch vorbehaltslosen Klagerückzug gefunden habe; dieser Beschluß ist in dem Rechtsstreit zwischen dem Kläger und dem Beklagten gefaßt worden und schafft somit zwischen diesen Personen auch Recht. Durch denselben ist der Klageanspruch ein und für alle Mal abgewiesen und es wäre ein Zurückkommen auf diesen nur möglich unter gleichzeitiger Aufhebung jenes Erledigungsbeschlusses, eine solche aber ist heute nicht mehr zulässig. Der Kläger hätte die Aufhebung leicht bewirken können, wenn er den

Beschluß mit dem Rechtsmittel des Rekurses rechtzeitig angefochten hätte. Er erklärte erstinstanzlich, Obrist habe ihm 14 Tage nach Einreichung der Abstandserklärung von diesem Schritte Kenntniß gegeben und nun ist es zwar allerdings ganz richtig, daß damals die 10tägige Rekursfrist, gerechnet von der Insinuation des Erledigungsbeschlusses an Obrist an, bereits abgelaufen war, allein ebenso klar, daß dem Kläger, wenn er gleichzeitig mit Einreichung der an sich verspäteten Beschwerde, ein Gesuch um Restitution gegen den Ablauf der Rekursfrist gestellt hätte, sofort entsprochen, demnach die Beschwerde materiell behandelt und auch ohne Zweifel gutgeheißen worden wäre. Da der Kläger das Alles unterlassen und sich dagegen unnöthiger Weise an die Verwaltungsbehörden gewandt hat, deren Beschlüsse ihn nur auf Abwege brachten, so kann ihm heute nicht mehr geholfen werden. Es ist im Prozesse immer nur der unhaltbare Standpunkt eingenommen worden, der bezirksgerichtliche Erledigungsbeschluß sei in sich selbst nichtig, bedürfe also der besondern Anfechtung und Aufhebung nicht. Ein Gesuch um dessen Aufhebung hat man auch hier nicht gestellt und übrigens hätte demselben nach so langer Zeit auch keine Folge mehr gegeben werden können, weil Restitution gegen den Ablauf einer Frist jedenfalls nur dann zulässig ist, wenn das Gesuch kurz nach Kenntnißnahme der Restitutionsgründe gestellt wird.

Verpfändung

verfangenen Gutes einer Ehefrau (Württembergerin) durch ihren Mann. Die Frage ihrer Gültigkeit beurtheilt sich nach zürcherischem Recht, weil das württembergische Recht nicht vorschreibt, daß das eheliche Güterrecht der dortigen Staatsangehörigen nach dem Heimatsrecht zu beurtheilen sei. Ungültigkeit der Verpfändung und der auf dieselbe sich gründenden Versteigerung der verpfändeten Forderung. Bereicherungsklage gegen den Ersteigerer. Gutheißung derselben trotz der Berufung des Beklagten auf seinen guten Glauben. Gleichzeitige Deliktsklage gegen den Pfandgläubiger. Abweisung derselben zur Zeit.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 27. August 1889.

Ein Johannes Guggenbühl in Küßnacht besaß einen Rentenversicherungsbrief von 6000 Frkn., d. d. 4. März 1884, welcher mit der Nutznießung seiner Ehefrau zweiter Ehe, Barbara geb. Eberhardt, belastet war. Nach seinem Tode deponirten seine Erben, die Kinder erster Ehe, den Brief in der Schirmlade Küßnacht (dem Wohnort der Nutznießerin). Zu diesen Erben gehörte auch eine Frau Barbara Spohn geb. Guggenbühl in Außersihl mit einer Antheilsberechtigung von 1333 Fr. 33 Rp. an dem Briefkapital von 6000 Fr. Im Jahre 1885 hatte ihr Ehemann Geld nöthig und er erhob deßhalb am 16. August 1885 bei dem Bankier Näf-Wolf dahier ein Darlehen von 100 Fr. Dafür unterschrieben die beiden Eheleute Spohn einen Schuldschein mit dem Versprechen, das Darlehen innerhalb 8 Tagen zurückzuzahlen. Es ist aber weiter in dem Dokument gesagt: „Als Sicherheit bis zur Rückzahlung verschreiben wir demselben (Näf-Wolf) als Faustpfand: „den Antheil der Frau Spohn an einem in der Schirmlade in Küßnacht zu Gunsten der Frau Barbara Guggenbühl geb. Eberhardt deponirten Rentenversicherungsbrief d. d. 4. März 1884 von 1300 Fr.“ Sollte der Rückzahlungstermin obiger 100 Fr. nicht eingehalten werden, so ist Näf-Wolf berechtigt, die zu Faustpfand verschriebenen Titel *ohne vorausgegangenen Rechtstrieb* durch das Gemeindammannamt Unterstraß öffentlich versteigern zu lassen.“

Die Rückzahlung des Darlehens erfolgte nicht und es ließ daher der Gläubiger das Faustpfand am 25. September 1885 durch das Gemeindammannamt Unterstraß auf öffentlicher Gant versteigern. Als Käufer trat Leopold Ris an der Weinbergstraße in Unterstraß auf, er erwarb den 1333 Fr. 33 Rp. betragenden verfangenen Antheil der Frau Spohn an dem mehrerwähnten sogenannten Rentenversicherungsbrief um den kleinen Betrag von 141 Fr. Davon wurden 102 Fr. 40

dem Gläubiger Näf-Wolf bezahlt, 5 Fr. 60 betrugen die Gantkosten und der Rest von 33 Fr. wurde den Eheleuten Spohn übermittelt. Der Gantkäufer Ris machte sowohl der Nutznießerin Frau Guggenbühl-Eberhardt als den Mitantheilhabern an dem 6000 Frk. Brief und der Archivkommission Küßnacht vom Gantkauf mit dem Beifügen amtliche Mittheilung, daß der von ihm erworbene Antheil der Frau Spohn nur an ihn ausbezahlt werden dürfe.

Am 18. Mai 1888 starb die Nutznießerin und es wurde darauf das Kapital von 6000 Franken von der Archivkommission Küsnacht unter die Berechtigten vertheilt. Leopold Ris erhielt den Antheil der Frau Spohn mit 1333 Fr. 33 Rp. Dieser Ausgang der Sache wollte der Frau Spohn nicht einleuchten und sie leitete deßhalb am 6. Februar 1889 eine Forderungsklage gegen Näf-Wolf und Leopold Ris ein, mit welcher verlangt wurde, daß die beiden solidarisch zur Rückerstattung der 1333 Fr. 33 verpflichtet werden, weil die Faustpfandbestellung an ihrem Antheil des Rentenversicherungsbriefes, da es sich um verfangenes Gut gehandelt habe, gemäß § 141 des anno 1884 in Kraft gestandenen privatrechtlichen Gesetzbuches zu ihrer Gültigkeit der Mitwirkung eines außerordentlichen Vormundes bedurft hätte, also Mangels Beobachtung dieser Vorschrift ungültig sei, weil daraus auch die Ungültigkeit der Versteigerung folge und Ris somit die 1333 Frkn. 33 Rp. ohne Rechtsgrund besitze, Näf-Wolf aber aus dem Titel der unerlaubten Handlung zu deren Rückerstattung pflichtig sei. Frau Spohn starb während der Pendenz des Prozesses und wurde von ihrem Manne als allseitig anerkanntem testamentarischem Universalerben beerbt.

Dieser setzte den Prozeß fort und gewann ihn auch gegenüber Leopold Ris. Denn dieser wurde zweitinstanzlich verpflichtet, dem Kläger 1333 Fr. 33 Rp. nebst Zins à 4 % seit dem 10. Mai 1888 und 5 % seit dem 6. Februar 1889 an zu bezahlen, abzüglich 33 Fr. nebst Zins à 4 % vom 10. Oktober 1888 an. Gegenüber dem Beklagten Näf-Wolf dagegen wurde die Klage *zur Zeit* abgewiesen.

Gründe:

1. Die Erblasserin (Frau Spohn) besaß unbestrittenermaßen einen Antheil an einem Rentenversicherungsbrief von 6000 Fr. d. d. 4. Mai 1884, welcher mit der Nutznießung der Wittwe Barbara Guggenbühl geb. Eberhardt belastet in der Schirmlade Küßnacht aufbewahrt worden war. Ebenso steht fest, daß dieser Antheil im Betrage von 1333 Fr. 33 Rp. mit dem am 18. Mai 1888 erfolgten Tode der Nutznießerin frei geworden und an den Beklagten Ris als angeblichen Gantkäufer des zu Gunsten des andern Beklagten Näf-Wolf verpfändeten fraglichen Guthabens ausgegeben worden ist. Streitig ist dagegen, ob diese Verpfändung, welche am 16. August 1885 durch die Eheleute Spohn stattgefunden hat, zu Recht besteht.

2. § 141 des alten privatrechtlichen Gesetzbuches (neu 592 b) schreibt vor, daß zur Verpfändung des verfangenen Gutes einer Ehefrau die Zustimmung eines außerordentlichen Vormundes erforderlich sei und da diese Zustimmung im vorliegenden Fall mangelt, ist jene Verpfändung ungültig, insofern die fragliche Gesetzesbestimmung auch auf Württembergerinnen Anwendung findet; denn Frau Spohn ist durch ihre Verehelichung Württembergerin geworden. Letzteres ist jedoch zu bejahen; denn nach § 3 des alten P.-R. G.-B. werden die Familienverhältnisse, also auch die eheliche Vormundschaft und das Güterrecht kantonsfremder Ehegatten nur dann nicht nach zürcherischem Rechte, sondern nach dem Rechte ihrer Heimat beurtheilt, wenn das Recht des Staates, dem sie angehören, dieß vorschreibt, das Württembergische Recht aber hat keine solche Vorschrift, wie die Appellationskammer des Obergerichtes in dem Prozesse Frau Irion'sche Creditoren mit Urtheil vom 5. Juli 1885 (siehe H. E. Bd. IV S. 203) nach Einholung eines Gutachtens des württembergischen Oberlandesgerichtes präjudiziell festgestellt hat. In Folge dessen ist sowohl jene Verpfändung als auch die darauf gegründete Versteigerung des streitigen Anspruchs nichtig, d. h. als nicht geschehen zu betrachten und es hat auch der Beklagte Ris kein Eigenthum daran erworben; denn da es sich, wie er wissen

mußte, um verfangenes Gut einer Ehefrau handelte und er zensirt war, die Gesetze zu kennen, hätte er sich, insbesondere auch mit Rücksicht auf die eigenthümlichen Verhältnisse des Falles, darüber erkundigen sollen, ob bei der Verpfändung die nothwendigen gesetzlichen Vorschriften beobachtet worden seien, er kann also nicht als gutgläubiger Erwerber im Sinne des Gesetzes betrachtet werden. Und übrigens scheint sich Art. 205 gleichwie Art. 213 des schweiz. O.-R. nur auf körperliche Sachen und Inhaberpapiere zu beziehen und nicht auf Guthaben anderer Art und es hätte somit Ris, wenn er sich auf Art. 205 berufen wollte, nachzuweisen gehabt, was er übrigens nicht einmal behauptet, daß der sogenannte Rentenversicherungsbrief ein Inhaberpapier gewesen sei.

3. Da es dem Beklagten Ris, ohne daß er ein Recht auf den Antheil der Klägerin an jenem Rentenversicherungsbrief gehabt hätte, trotzdem gelungen ist, denselben einzukassiren, so ist er zum Nachtheil der Klägerin bereichert und daher nach Art. 70 des Schw. O.-R. verpflichtet, diese Bereicherung dem Kläger als Rechtsnachfolger seiner Ehefrau zurückzuerstatten.

4. Die Bereicherung besteht in den 1333 Fr. 33 Rp., welche Ris erhalten hat nebst landesüblichen Zinsen à 4 % von der Fälligkeit des Kapitals an und Verzugszins à 5 % seit Anhängigmachung der Klage beim Friedensrichteramt, abzüglich die 33 Fr., welche Näf-Wolf der Klägerin nach der Versteigerung ausbezahlte nebst landesüblichem Zins à 4 % vom Datum dieser Zahlung (10. Oktober 1885) an. Dagegen darf der Beklagte Ris nicht auch noch denjenigen Betrag in Abrechnung bringen, welchen er für den Erwerb des streitigen Guthabens bezahlt hat, sondern hat diesen Betrag von seinem Verkäufer Näf-Wolf als bezahlte Nichtschuld zurückzufordern, denn die Klägerin hätte Anspruch auf den ganzen Betrag von 1333 Fr. 33 gehabt abzüglich 33 Fr. und der Beklagte Ris hat ihr auch diesen ganzen Betrag entzogen.

5. Eine ganz andere Frage ist natürlich die, ob der Beklagte Ris die Forderung an den Ehemann Spohn aus Darlehen der heutigen Forderung des letztern aus widerrechtlicher Bereicherung zur Verrechnung gegenüberstellen dürfe. Allein nicht bloß ist diese Verrechnungseinrede nicht geltend gemacht, sondern es wäre auch der Beklagte Ris zu deren Geltendmachung nur dann befugt, wenn er eine schriftliche Cession des ursprünglichen Gläubigers Näf-Wolf besäße.

6. Was sodann die Klage der Frau Spohn gegen Näf-Wolf anbetrifft, so beruht dieselbe ebensowenig als diejennige gegen Ris auf einem Vertrage, denn ein solcher besteht, weil der Faustpfandvertrag als nichtig zu betrachten ist, zwischen diesen Personen nicht. Auch eine Bereicherungsklage kann diesem Beklagten gegenüber nicht geltend gemacht werden; denn er ist nicht bereichert, da er ja sogar die von Ris erhaltene Zahlung demselben wieder zurückerstatten muß. Ihm gegenüber kann daher die Klage höchstens als eine Schadenersatzklage aus Art. 50 des O.-R. aufgefaßt werden; allein eine solche ist zur Zeit abzuweisen, weil noch gar nicht feststeht, daß der Klägerin aus der fehlerhaften Handlungsweise dieses Beklagten ein Schaden überhaupt entstehen wird. Ein solcher würde nämlich nur dann eintreten, wenn ihr Anspruch gegen Ris sich aus irgend einem Grunde, z. B. wegen Insolvenz desselben als werthlos erweisen würde. Ueberhaupt ist die Combinirung einer Schadenersatzklage mit einer Klage, welche diesen Schaden gegenstandslos machen soll, im gleichen Prozesse gewiß unstatthaft, weil ein innerer Widerspruch. Die Klage ist daher gegenüber Näf-Wolf zur Zeit abzuweisen.

Bauprozess.

Die Abänderung eines Baugespannes nach Ablauf der Inhibitionsfrist gilt nicht unbedingt als Aufstellung eines neuen Projektes und Verzicht auf das alte. Sie hat vielmehr diese Bedeutung nur denjenigen gegenüber, welche rechtzeitig inhibirt haben, während das ursprüngliche Projekt von denjenigen, die dagegen *nicht* inhibirt haben, nach wie vor für so lange als anerkannt gilt, als die rechtliche Wirkung eines Gespannes überhaupt reicht, d. h. für die Dauer eines Jahres,

weßhalb sie gegenüber dem abgeänderten Projekt nur solche Einsprachegründe geltend machen können, welche sich aus der Abänderung für sie ergeben. (Erläuterung des Präjudizes in Sträulis Commentar zum Rechtspflegegesetz, § 587 Anmerkung 5.)

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 24. August 1889.

Der Kaufmann Wyler-Weber in Außersihl wollte den einstöckigen Zinnenanbau seines an die Kasernenstraße stoßenden Wohnhauses um 3 Stockwerke erhöhen und mit dem Wohnhaus verbinden, was gleichzeitig eine Erhöhung des letztern selbst zur Folge hatte. Am 11. Januar 1889 wurde dieses in einem Baugespann dargestellte Projekt publicirt, es erhoben aber die Erben Stettbacher als Eigenthümer der *südlich* anstoßenden Liegenschaft Einsprache. Auch sie haben eine Zinnenanbaute, die an diejenige des Wyler-Weber angebaut ist. Dagegen befindet sich zwischen den beiden hinterhalb befindlichen Wohnhäusern ein unüberbauter Raum von nicht 6 ′ Breite (Gäßchen). Neben mehreren andern ging daher ein Einsprachegrund dahin, daß die projektirte Höherbaute des Wohnhauses gegen den § 20 der städtischen Bauordnung verstoße, weil dieselbe weder 6 ′ von der Grenze noch 12 ′ vom klägerischen Hause aufgeführt werden wolle. Der anderseitige (nördliche) Nachbar des Wyler-Weber ist der Restaurateur Seidenfuß. Auch zwischen seinem Hause und demjenigen des Wyler befindet sich ein Gäßchen und er glaubte, daß ihm in der Hauptsache die nämlichen Einsprachegründe gegen das Bauprojekt zustehen wie den Erben Stettbacher. Gerade deßhalb fand man aber, daß es keinen Zweck habe, einen doppelten Prozeß zu führen und Seidenfuß inhibirte also nicht, davon ausgehend, daß wenn die Inhibition der Erben Stettbacher gutgeheißen werde, ohne Weiters auch ihm geholfen sei, die Verwerfung derselben aber wegen der Gleichartigkeit der Verhältnisse beweise, daß auch er nichts hätte machen können. Diese Spekulation wurde für Seidenfuß verhängnißvoll, denn sie berücksichtigte den Umstand nicht, daß Wyler-Weber und die Erben Stettbacher sich in einer Weise vergleichen könnten, welche überall keine Aenderung des Projectes gegenüber Seidenfuß zur Folge habe. Gerade dieser Umstand trat aber ein, denn nachdem das Bezirksgericht Zürich die Inhibition der Erben Stettbacher mit Urtheil vom 27. März auf Grund von § 20 der Bauordnung gutgeheißen, Wyler aber appellirt hatte, schlossen die Parteien am 21. Mai einen Vergleich, durch den sie sich gegenseitig das Recht einräumten, mit Erstellung von Brandmauern auf die Grenze zu bauen. Wyler-Weber brachte sein Project mit diesem Vergleich in Uebereinstimmung, indem er die Gespannstangen auf Seite der Erben Stettbachers auf die Grenze setzte und einen neuen, die seitliche Bauerweiterung mit einer Brandmauer auf der Grenze enthaltenden Plan einreichte. Im Uebrigen aber blieb das Project das alte, es fand keine Erhöhung statt und namentlich aber keinerlei Aenderung auf der Seite gegen Seidenfuß. Das neue Project wurde aber immerhin publizirt und nun erhob Seidenfuß Einsprache. Es kam zum Prozeß und hier machte Wyler-Weber vor Allem aus die Einrede der Verwirkung des Einspracherechtes geltend, weil es sich dem Kläger gegenüber durchaus nur um das frühere Project handle und derselbe dieses Project durch Nichtauswirkung einer Inhibition im Januar anerkannt habe (§ 588 des Rechtspflegegesetzes). Dem gegenüber machte der Kläger unter Verweisung auf das Präjudiz in Sträulis Commentar zum Rechtspflegegesetz § 587 Ziff. 5 geltend, daß in der zufolge des Vergleiches mit den Erben Stettbacher erfolgten Veränderung des ursprünglichen Projectes ein Verzicht auf dessen Ausführung und die Aufstellung eines durchaus neuen Projektes liege, gegen welches daher auch neuerdings inhibirt werden könne. Das alte Project sei in Folge des Verzichtes auf seine Ausführung mit allen Rechtswirkungen, die allenfalls für dasselbe erworben worden, dahingefallen und können solche Wirkungen nicht auf das, wenn auch thatsächlich im Wesentlichen alte, so doch rechtlich durchaus neue Project übertragen werden. *Die Einrede der Verwirkung des Inhibitionsrechtes wurde aber gutgeheissen.*

Gründe:

Die Vorschriften der § 578 u. f. des Gesetzes betr. die Rechtspflege bezwecken, daß über alle privatrechtlichen Einsprachegründe, die einem Bauprojecte entgegenstehen, gleichzeitig entschieden werde. Die Nachbarn haben daher die Pflicht, sämmtliche ihnen zu Gebote stehenden Inhibitionsgründe geltend zu machen; soweit sie dieß unterlassen, oder Einsprache überhaupt nicht erheben, ist dieselbe wenigstens für so lange verwirkt, als die rechtliche Wirkung dieses Gespannes reicht, d. h. für die Dauer eines Jahres (§ 593 des Rechtspflegegesetzes), das neue Gespann ist aber unbestrittenermaßen innerhalb dieser Frist errichtet worden. Der in dem bekannten Präjudiz (No. 5 in Streulis Commentar zu § 587 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege) ausgesprochene Grundsatz, daß wenn ein bestrittenes Bangespann auch nur in einer einzelnen Richtung verändert werde, darin ein Verzicht auf das bisherige Project und die Aufstellung eines neues Projectes liege, mit Bezug auf welches neuerdings Ausschreibung zu erfolgen habe und Einsprachefrist zu eröffnen sei, darf nicht dahin verstanden werden, daß neuerdings allen und jeglichen Einsprachen Thür und Thor geöffnet sei, sondern es wurde nur ausgesprochen, daß ein Einsprecher nicht gezwungen sei, über die Zuläßigkeit des ausgeschriebenen Baugespannes weiter zu prozessiren, wenn es dem Bauherrn einfällt, dasselbe irgendwie abzuändern. Es folgt also aus jenem Entscheide überall nichts hinsichtlich der Stellung derjenigen Nachbarn, welche überhaupt nicht inhibirt haben. Diese können gegenüber dem abgeänderten Baugespann nur solche Einsprachegründe geltend machen, welche sich aus der Abänderung für sie ergeben; soweit diese ihre Interessen nicht berührt, das Baugespann also für sie das gleiche geblieben ist, haben sie kein Einspracherecht mehr. Die Abänderung eines Baugespannes involvirt einen Verzicht des Bauherrn auf das ursprüngliche Project nur demjenigen Nachbarn gegenüber, der gegen dieses inhibirt hat. Die Anwendung dieser Ausführungen auf den vorliegenden Fall ergibt nun aber die Begründetheit der beklagtischen Einrede, daß der Kläger sein Einspracherecht verwirkt habe. Denn es besteht kein Streit darüber, daß das heutige Bauproject in seinen Beziehungen zum Kläger bezw. dessen Eigenthum voll und ganz das ursprüngliche ist und die Einsprachegründe sich auch nur auf diese Seite desselben, nicht aber auf die gegenüber den Erben Stettbacher vorgenommene Bauerweiterung beziehen.

Kleinere Mittheilungen

aus Urtheilen der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes.

Besitzesübergabe (Tradition),

als Erforderniß für den Eigenthumserwerb an Mobilien. Der Besitzesantritt eines gekauften Gewerbes enthält auch die Tradition der mitgekauften, auf dem Gewerbe befindlichen Fahrhabe etc.

Ein Landwirth verkaufte seinem Nachbarn am 15. Jenner 1889 durch *mündlichen* Vertrag den gesammten Liegenschaftengewerb nebst der auf dem Gewerbe befindlichen Fahrhabe und es übernahm der Käufer sofort die Bewirthschaftung der gekauften Güter und disponirte auch in Haus und Hof. Er düngte die Reben, vergab die Bearbeitung derselben in Accord, pflanzte junge Bäume, ließ die alten reinigen, nahm Vieh aus der Scheune des gekauften Gutes weg und stellte Anderes hin etc. Die notarialische Fertigung des Kaufes fand ohne schriftlichen Vertrag am 5. Februar statt und 2 Tage darauf (am 7. Februar) pfändete der Gemeindammann auf dem Hofe den größten Theil der Fahrhabe für eine Schuld des Verkäufers ein. Der Käufer trat gegenüber dem Pfandgläubiger als Vindikant auf; dieser bestritt aber den Eigenthumsübergang an den Pfandgegenständen, weil eine Tradition der Fahrhabe nur in dem Antritt des Gewerbes *auf Grund eines gültigen Kaufvertrages* gefunden werden könnte, ein gültiger Kaufvertrag vor der notarialischen Fertigung Mangels der schriftlichen Form aber nicht vorgelegen habe und

deßhalb die Dispositionen des Klägers über die Liegenschaft vor jenem Termin auch nicht als Kaufsantrittshandlungen betrachtet werden können.

Das Gericht verwarf diesen Einwand und erklärte die Tradition als vollzogen, indem es ausführte:

Da eine örtliche Veränderung der in Frage kommenden Fahrhabegegenstände nicht stattgefunden hat, so kann nur in Frage kommen, ob ein Besitzesübergang auf den Kläger in der Weise stattgefunden habe, daß er von den Liegenschaften, auf denen sich die Fahrhabegegenstände befinden, Besitz ergriffen hat und das ist der Fall. Die durch das Beweisverfahren festgestellten Verfügungen des Klägers über die Liegenschaften des Pfandschuldners beweisen einen förmlichen thatsächlichen Antritt des Gewerbes, zumal sie alle vorgenommen worden sind mit Rücksicht auf den, wenn auch nur mündlich abgeschlossenen Kauf in der beidseitigen Meinung, daß es Besitzeshandlungen eines redlichen und rechtmäßigen Erwerbers seien. Die Nichtverbindlichkeit des bloß mündlich geschlossenen Vertrages ändert daran nichts und vermag das Factum nicht umzustoßen, daß der Kläger mit Einwilligung des Veräußerers thatsächlich auf dem Gewerb herrschte und folglich auch die Verfügung über die auf demselben befindlichen beweglichen Sachen hatte, die anderseits für den Veräußerer verloren war. Zur thatsächlichen Herrschaft kam dann am 5. Febraar auch die rechtliche und damit war die Sache jedenfalls in der Ordnung. Der Beklagte konnte am 7. Februar an den ins Eigenthum des Klägers übergegangenen Sachen für eine Forderung an den Veräußerer kein Pfandrecht mehr erwerben. (17. September 1889.)

Einredeweise Anfechtung

des einer Vindicationsklage zu Grunde liegenden Kaufgeschäftes, weil angeblich in fraudem creditorum abgeschlossen. Verwerfung der Anfechtung, weil dieselbe nur im Konkurse des Veräußerers zuläßig sei.

Im obigen Falle machte der Beklagte eventuell den paulianischen Anspruch auf Anfechtung des der Eigenthumsansprache zu Grunde liegenden Kaufgeschäftes einredeweise geltend, allein es wurde ihm geantwortet: Von der Anwendung des § 1104 des P. G.-B. auf den vorliegenden Fall kann schon deßhalb keine Rede sein, weil, wie ja der Wortlaut der Gesetzesstelle und die Ueberschrift des Abschnittes, in welchem dieselbe steht, deutlich genug zeigen, die Anfechtung einer Veräußerung aus dem Gesichtspunkte der Gläubigerbeschädigung auf Grund dieses Paragraphen nur *im Konkurse* des Veräußerers möglich ist, welche Voraussetzung hier nicht zutrifft. Die bloße *materielle* Insolvenz ohne formellen Konkurs genügt dazu nicht. Außer dem Konkurs des Veräußerers kann die der ernstlich gemeinten Veräußerung von beweglichen Sachen mit Bezug auf Dritte zu Grunde liegende Benachtheiligungsabsicht nur als Traditionshinderungsgrund im Sinne von Art. 202 des O.-R. geltend gemacht werden. Hier ist das aber deßwegen nicht möglich, weil eine körperliche und nicht eine Tradition durch Stellvertretung des Veräußerers vorliegt. (17. September 1889.)

Haftpflicht aus Fabrikbetrieb.

Zum Art. 8 des Haftpflichtgesetzes vom 25. Juni 1881.

Die 14jährige Sophie Heusser in Robenhausen stand bei der Firma Gebrüder Braschler, Baumwollspinnerei in Wetzikon, als sogenanntes „Anrüstermädchen“ in Arbeit. Am 5. September 1887, Vormittags 11 Uhr, gerieth dieselbe zwischen den eisernen Cylinder und die Querstange einer Maschine und wurde von diesen Gegenständen auf Rücken und Brust gedrückt. Gleichwohl setzte sie die Arbeit am 5. September *Nachmittags* und auch am folgenden Tage fort, blieb dagegen vom 8. September an weg und ließ sich ärztlich behandeln. Am 19. und 20. September arbeitete sie wieder, es ging aber nicht weiter, die ärztliche Behandlung dauerte fort. Vom 21. Oktober bis 24. November 1887 war sie im Kantonsspital und vom 4. Dezember 1887 bis 30. Jenner 1888 im Kinderspital; auch nachher stand sie noch in der

Behandlung dieses und jenes Arztes; alle behandelnden Aerzte erklärten aber, daß sich *objectiv* weder äußere noch innere Krankheitserscheinungen feststellen lassen. Die Heusser klagte über zeitweisen Schwindel, baldige Ermüdung im Rücken beim Gehen und Sitzen, Zucken in den Fußsohlen und Zehen beim Auftreten etc. Schließlich belangte sie die Fabrikbesitzer auf Grund des Haftpflichtgesetzes auf Schadenersatz. Im Prozeß wurden zwei ärztliche Gutachten, eines von Professor Dr. Eichhorst und eines vom Sanitätsrath des Kantons Zürich eingeholt. Das letztere, erstattet am 6. April 1889, stellt fest, daß die Heusser nicht simulire, wie von verschiedenen Seiten vermuthet wurde. Der durch den Unfall herbeigeführte Krankheitszustand sei eine sogenannte Commotion des untern Theils des Rückenmarkes, er äußere sich in leichter Ermüdbarkeit, Blaßwerden des Gesichtes mit Abnahme der Eßlust, vermehrtem Drang zum Uriniren etc., Erscheinungen, die constant wiederkehren. Der Zustand habe eine Beschränkung der Arbeitsfähigkeit des Mädchens zur Folge gehabt, die heute noch bestehe. Es könne aber sein, daß dieselbe nach einiger Zeit bei weiterer Entwicklung des Körpers, Hebung der Ernährung etc. verschwinde; über den Zeitpunkt, wann sich dieses günstige Resultat einstellen werde, lasse sich indeß ein positives Urtheil nicht abgeben.

Das Gericht fand,

die Folgen des Unfalls liegen *in zeitlicher Hinsicht* noch nicht genügend klar vor. Denn nach dem Gutachten des Sanitätsrathes sei zwar wohl eine derzeitige, theilweise Beschränkung der Arbeitsfähigkeit der Klägerin festgestellt, aber es fehle die sichere Feststellung, daß diese Beschränkung eine dauernde, bleibende sei. Dieselbe könne vor der Hand höchstens als bis zum Ablauf des dritten Jahres seit dem Unfall (d. h. bis zum 5. September 1890) andauernd angesehen werden. Die Möglichkeit, daß dieselbe bis dahin verschwinde, liege nach dem Gutachten des Sanitätsrathes vor und die allgemeinen Verhältnisse, namentlich die Jugend der Klägerin steigern diese Möglichkeit bis zu einer gewissen Wahrscheinlichkeit. Wenn nun aber hienach zunächst bloß eine bis zum 5. September 1890 dauernde, theilweise Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit der Klägerin festgestellt erscheine, so könne die Haftpflicht der Beklagten zunächst auch nur für diese Zeit ausgesprochen werden. Dagegen müsse der Klägerin mit Rücksicht auf die Möglichkeit, daß ihr Krankheitszustand doch länger andauern könnte, das Recht der Nachklage in dem Sinne vorbehalten werden, daß sie, wenn am 5. September 1890 noch gar keine oder nicht gänzliche Besserung eingetreten sei, bezüglich der Folgezeit ebenfalls Entschädigung verlangen könne. Es liege dann eben eine wesentliche Verschlimmerung des Gesundheitszustandes *in zeitlicher Hinsicht* vor. Die Klägerin hatte sich auf den Standpunkt gestellt, daß ihr dermaliger Krankheitszustand zunächst als ein bleibender angesehen werden müsse, weil die Aerzte nicht mit Sicherheit sagen können, daß derselbe nur ein *zeitlich* andauernder sei, sondern bloß von der *Möglichkeit* seiner Heilung sprechen. Sie verlangte demnach, daß der Berechnung ihrer Schadenersatzforderung die Annahme zu Grunde gelegt werde, ihr Krankheitszustand sei ein bleibender und dagegen die Möglichkeit seiner Besserung in dem Sinne Berücksichtigung finde, daß den Beklagten auf den Fall, als die Besserung eintrete, das Recht theilweiser Rückforderung der bezahlten Entschädigung gewahrt bleibe. Wie bereits angeführt, verwarf das Gericht diesen Standpunkt und es glaubte das um so eher thun zu sollen, als die Klägerin nach dem 5. September 1890 weit eher in der Lage sei, eine allfällige Fortdauer ihres Krankheitszustandes festzustellen, als die Beklagten das Aufhören desselben und daß den letztern, wie die Verhältnisse liegen, nicht wohl zugemuthet werden könne, eine grössere Summe zu zahlen, deren einstige Rückforderung, wenn auch rechtlich begründet, doch thatsächlichen Schwierigkeiten begegnen könnte. (17. September 1889.)

Forderung aus Gesellschaft.

Abweisung zur Zeit.

Zwei Personen hatten sich vertraglich verbunden zum Zwecke der käuflichen Erwerbung eines bestimmten Liegenschaftengewerbes als Ganzes und der Gewinnerzielung durch Wiederverkauf desselben im Detail. Der eine Gesellschafter, der mit 70 % am Resultat (Gewinn und Verlust) betheiligt war, besorgte das ganze Geschäft, den An- und Wiederverkauf auf seinen Namen allein, die Vorerlöse über die grundversicherten Schulden hinaus wurden ihm aber nirgends baar bezahlt, sondern dafür einfach Kaufschuldbriefe zu seinen Gunsten errichtet. Wenn man nun diese Kaufschuldbriefe wie baares Geld betrachtete, so ergab die Rechnung einen nicht unbedeutenden Geschäftsgewinn. Diesen Gewinn rechnete der nicht geschäftsführende Gesellschafter, der mit 30 % betheiligt war, aus und belangte den andern auf dessen Auszahlung. Die Klage wurde aber *zur Zeit* abgewiesen.

Gründe:

Es steht zur Zeit nicht fest, ob und in welchem Umfange der Beklagte durch den stückweisen Wiederverkauf des Glogg'schen Gütergewerbes einen Gewinn erzielt habe, obschon die Kaufsumme, wie nicht bestritten ist, nominell einen Gewinn in sich schließt. Denn es ist vom Kläger nicht in Widerspruch gesetzt worden, daß beim Wiederverkaufe des Glogg'schen Gewerbes die nach den Kapitalanweisungen sich ergebenden Kaufreste im Gesammtbetrage von über 10,000 Frkn. nicht baar bezahlt, sondern wieder auf den Kaufsobjecten schuldbrieflich versichert worden sind. Und nun ist ohne Weiters klar, daß bei derartigen Geschäften Schuldbriefe, insbesondere letzte Schuldbriefe nicht der Baarzahlung gleich zu achten sind. Eine allfällige Liquidation würde möglicherweise im vorliegenden Falle gar keinen Gewinn ergeben; zum Mindesten aber ist klar, daß der Umfang des Gewinnes nicht feststeht und die Forderung des Klägers aus diesem Grunde nicht liquid ist. Dagegen hat der Kläger, wie die erste Instanz ausführt, das Recht, vom Beklagten Rechnungsstellung zu verlangen. (2. Juli 1889.)

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. November 1889. VIII. Band. № 20.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter“ erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die „Amerikanische Schweizer-Zeitung“, 18 Ann Str., New-York.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Schweizerisches Bundesgericht.

14. September 1889.

Nägeli ca. Schweizer & Genossen.

Aktiengesellschaft.

Klage auf Einzahlung von Aktien, gestellt von einzelnen Gläubigern der im Konkurs befindlichen Aktiengesellschaft. Legitimation zur Klage. Klagebestreitung, weil:

1. die Kläger außer Stande seien, dem Beklagten die seiner Zeichnung entsprechenden Actienrechte durch Ausfolgung statutenmäßiger Actienbriefe zu gewähren;

2. die Zeichnung nur eine Scheinzeichnung sei, weil die Mitgründer dem Beklagten zugesichert hätten, er müsse nie baar einzahlen, sondern könne seine Zeichnungsverbindlichkeit durch Abtretung eines Guthabens erfüllen, weßhalb ihm die Einreden des mangelnden Verpflichtungswillens bezw. des Irrthums und zugleich diejenige des Betruges zur Seite stehen;

3. die Actiengesellschaft mangels Beobachtung der Normativvorschriften der Art. 618 und 619 des O.-R. und mangels wirklichem Vorhandensein des statutenmässigen Grundkapitals gar nie zur Existenz gelangt sei (Art. 617 des O.-R.);

4. der Beklagte durch Gutschrift der gezeichneten Beträge im Kassabuch der Gesellschaft liberirt worden sei.

Am 8. Oktober 1885 gründeten Cäsar Stapfer, Jakob Nägeli und Heinrich Stüssi-Trümpy in Verbindung mit Oskar Stapfer, Alfred Rüttimann, K. Ricklin und H. Wüst, Geranten der allgemeinen Kreditbank in Basel, eine Actiengesellschaft unter der Firma Bijouteriefabrik Zürich mit einem angeblichen Actienkapital von 500,000 Fr. und mit Sitz und Gerichtsstand in Zürich. Nach den von sämmtlichen sieben Gründern unterzeichneten Statuten bezweckt die Actiengesellschaft den Betrieb des Handels und der Fabrikation von Gold-, Silber- und Compositionswaaren, zu welchem Zwecke Filialen und Depots im In- und Auslande errichtet werden sollen. Das Gesellschaftskapital zerfällt in 1000 Inhaberactien zu 500 Fr.; als Einlage übernimmt die Actiengesellschaft von der Bijouteriefabrik *G. Stapfer* in Zürich (einer Kollektivgesellschaft, deren Theilhaber die Mitgründer Cäsar und Oskar Stapfer waren) deren in den Statuten näher bezeichnete Geschäfte und Waarenvorräthe um den Anschlagspreis von 500,000 Fr. (wovon 150,000 Fr. in baar und 350,000 Fr. in vollständig liberirten Actien der Ge-

sellschaft zu leisten sind). Das Protokoll der constituirenden Generalversammlung der Actionäre der Bijouteriefabrik Zürich vom 8. Oktober 1885 besagt über den Gründungshergang: „Es sind anwesend 7 Actionäre, „welche das ganze Actienkapital im Betrage „von 500,000 Fr. representiren. Es wird kon„statirt, daß das ganze Actienkapital gezeich„net und 20 % auf jede Actie einbezahlt „sind. Die vorliegenden Statuten werden ein„stimmig angenommen und durch sämmtliche „Actionäre unterzeichnet. Es wird alsdann „zur Wahl der Mitglieder der Verwaltung ge„schritten und als Verwaltungsräthe einstim„mig gewählt: 1) Cäsar Stapfer-Schäppi, „2) H. Stüssi-Trümpy in Zürich und 3) Alfred „Rüttimann in Zürich. Als Rechnungsrevi„soren für das erste Jahr werden bezeichnet: „1) Jakob Nägeli in Zürich, 2) Karl Alder„Stapfer in Herisau. Es wird hierauf der laut „Art. 5 der Statuten seitens der Gesellschaft „mit der Bijouteriefabrik G. Stapfer abge„schlossene Kaufvertrag über die Einlagen ge„nehmigt, wobei sich laut § 619 des O.-R. „die Verkäufer Cäsar Stapfer und Oskar Sta„pfer der Abstimmung enthalten. Die übrigen „5 Actionäre:

„1) Stüssi-Trümpy mit	250	Actien,
„2) A. Rüttimann mit	20	„
„3) K. Ricklin mit	10	„
„4) Jakob Nägeli mit	19	„
„5) Frdr. Wüst mit	1	„

„nehmen den Vertrag laut Statuten an; da „die genannten Actionäre mehr als den vier„ten Theil der Actienzeichner bilden und der „Betrag ihrer Antheile (Actien) mehr als den „vierten Theil des genannten Grundkapitals „darstellt, ist den Erfordernissen des Art. 619 „des schweiz. Obligationenrechtes Genüge ge„leistet. Die erste constituirende General„versammlung der Actionäre der Bijouterie„fabrik Zürich wird hiemit geschlossen und „das Protokoll in doppelter Ausfertigung von „sämmtlichen Actionären der Gesellschaft „unterzeichnet:

„1. H. Stüssi-Trümpy	250	Actien,
„2. Cäsar Stapfer	350	„
„3. Oskar Stapfer	350	„
„4. A. Rüttimann	20	„
Uebertrag	970	Actien
Uebertrag	970	Actien
„5. K. Ricklin	10	„
„6. Jakob Nägeli	19	„
„7. H. Fiedr. Wüst	1	„
„7 Actionäre	1000	Actien."

Am gleichen Tage wählte der Verwaltungsrath den Cäsar Stapfer-Schäppi zum Direktor der Gesellschaft. Mit Eingabe vom 15. Oktober 1885 beantragten die Verwaltungsrathsmitglieder H. Stüssi-Trümpy, A. Rüttimann und Cäsar Stapfer-Schäppi die Eintragung der Actiengesellschaft in das Handelsregister des Kantons Zürich, indem sie die Statuten, die Beschlüsse der Generalversammlung und des Verwaltungsrathes sowie einen Auszug des Cassa-Conto der Bijouteriefabik Zürich (wonach 20 % auf jede Actie einbezahlt gewesen wären) in beglaubigter Form vorlegten. Daraufhin erfolgte am 21. Oktober 1885 die Eintragung der Aktiengesellschft in das Handelsregister; am 26. Oktober erfolgte überdem im Handelsamtsblatt die Anzeige von der Auflösung der Kollectivgesellschaft „Bijouteriefabrik G. Stapfer" mit dem Zusatze, die Gesellschafter Cäsar und Oskar Stapfer werden die Liquidation als Vertreter der aufgelösten Gesellschaft fortsetzen. In Wirklichkeit war irgendwelche baare Einzahlung auf die Actien der Bijouteriefabrik Zürich nicht geleistet worden und es war die Werthung der Einlage eine um das vielfache übersetzte. Nichtsdestoweniger begann die Actiengesellschaft ihren Geschäftsbetrieb. Allein schon am 26. Mai 1886 wurde über dieselbe, nachdem am 14. Januar gl. J. einer der Hauptactionäre, H. Stüssi-Trümpy, in Konkurs gefallen war, der Konkurs eröffnet, später folgte die Konkurseröffnung über Oskar und Cäsar Stapfer persönlich und über die Kollektivgesellschaft G. Stapfer in Liquidation.

Die Abtretung der Activen der letztern Gesellschaft an die Actiengesellschaft Bijouteriefabrik Zürich wurde in Prozessen zwischen Gläubigern der beiden Gesellschaften richterlich als ungültig behandelt, weil zur Benachtheiligung der Gläubiger der Kollektivgesellschaft G. Stapfer geschehen.

Im Konkurse der Actiengesellschaft beschloß die Konkursverwaltung, ihrerseits weder die Actienzeichner auf Einzahlung der rückstän-

digen Actienbeträge noch die Gründer der Actiengesellschaft auf Schadenersatz zu belangen, sondern die Verfolgung dieser Ansprüche den Gläubigern auf eigene Rechnung zu überlassen; binnen der hiefür angesetzten Frist erhoben Emma Schweizer in Zürich, Dr. med. Hüni in Horgen, Jacques Heer in Zürich und Albert Kennel & Cie. in Pruntrut gegen Cäsar Stapfer, Jakob Nägeli und Heinrich Stüssi-Trümpy Klage auf Einzahlung der von ihnen gezeichneten Actien, nämlich gegen Cäsar Stapfer auf Einzahlung von 175,000 (abzüglich des Werthes eingebrachter Waaren), gegen Stüssi-Trümpy auf Einbezahlung von 125,000 Fr. und gegen Jakob Nägeli auf Einzahlung von 9500 Fr.; gleichzeitig erhoben die Kläger gegen die nämlichen Beklagten auch eine, auf Art. 671 Ziff. 3 des O.-R. gestützte Schadenersatzklage auf die nämlichen Beträge. Der Kläger Dr. Hüni hatte als Gläubiger der Kollektivgesellschaft G. Stapfer in deren Konkurs das Guthaben derselben an die Actiengesellschaft Bijouteriefabrik Zürich (für von der Actiengesellschaft verkaufte Waaren der Firma G. Stapfer) sowie allfällige Schadenersatzforderungen an die Gründer der Actiengesellschaft auf öffentlicher Gant erworben. Durch Cession vom August 1888 trat er von diesem Guthaben den ebenfalls im Konkurs der Firma G. Stapfer zu Verlust gekommenen Klägern J. Heer und Kennel & Cie. den die Summe von 5000 Frkn. übersteigenden Betrag in dem Sinne ab, daß die beiden Kläger das über 5000 Fr. erhältliche Plus à raison ihrer Forderungen auf G. Stapfer zu repartiren haben. Diese Forderungen meldeten Dr. Hüni, J. Heer und Kennel & Cie. im Konkurse der Actiengesellschaft an. Die Klägerin Emma Schweizer dagegen hatte eine Forderung von 310 Fr. für Salair geltend gemacht.

Die erste Instanz (das Bezirksgericht Zürich) hat die Klage auf Einzahlung der rückständigen Actienbeträge abgewiesen, wesentlich aus dem Grunde, weil diese Einzahlung nur gegen Aushändigung von Actientiteln verlangt werden könne, die Kläger aber nicht im Stande seien, den Beklagten Actientitel einzuhändigen.

Die Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes dagegen hat die Klage mit Urtheil vom 15. Juni 1889 in vollem Umfange gutgeheißen. Es wurden schuldig erklärt, an die Konkursmaße der Actiengesellschaft einzuzahlen:

1) Cäsar Stapfer 162,000 Fr.
2) Jakob Nägeli 9,500 „
3) Heinrich Stüssi-Trümpy 125,000 „

nebst Zins à 5 % vom 4. August 1889 an (siehe das Urtheil in No. 14 dieser Blätter vom 1. August 1889 Seite 209 u. f.).

Stapfer und Stüssi anerkannten das Urtheil, *Jakob Nägeli dagegen erklärte den Weiterzug an das Bundesgericht.* Allein dieses erkannte am 14. September: „Die Weiterziehung wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 15. Juni 1889 sein Bewenden."

Gründe:

1. Der Beklagte hat in erster Linie den Klägern die Legitimation zur Klage bestritten, weil dieselben nicht Gläubiger der Actiengesellschaft Bijouteriefabrik Zürich, resp. weil ihre Forderungen an diese Gesellschaft bestritten und nicht festgestellt seien. Die Vorinstanz hat dem gegenüber ausgeführt, die Aktivlegitimation der Kläger sei durch die bloße Thatsache gegeben, daß dieselben im Konkurse der Actiengesellschaft formell als Gläubiger aufgetreten und ihnen mit Rücksicht hierauf von der Konkursverwaltung die Führung dieses Prozesses überlassen worden sei; denn sie machen ja keinen selbständigen, ihnen als Gläubigern direkt zustehenden Anspruch der Actiengesellschaft geltend und bedürfen deßhalb zu ihrer Legitimation auch nur der Ermächtigung seitens der letztern, welche Ermächtigung nach Art. 62 des kantonalen Konkursgesetzes jedem gegeben werden könne, der im Konkurse formell als Gläubiger auftrete. Ob die Forderungen der Kläger an die Actiengesellschaft materiell begründet seien oder nicht, sei hier nicht zu untersuchen, sondern müsse im Konkurse der schuldnerischen Gesellschaft untersucht und entschieden werden. Diese Entscheidung entzieht sich der Nachprüfung des Bundes-

gerichtes. Unzweifelhaft ist, daß die Kläger an Stelle und mit Ermächtigung der Konkursverwaltung einen Anspruch der Konkursmaße der Actiengesellschaft Bijouteriefabrik Zürich und nicht etwa einen selbständigen, unmittelbar aus ihrem individuellen Gläubigerrechte hergeleiteten Anspruch geltend machen. Darüber nun aber, wer berechtigt sei, die Rechte der Konkursmaße geltend zu machen, ob hiezu jeder, der eine Forderung im Konkurse angemeldet habe, von der Konkursverwaltung ermächtigt werden könne, oder ob es vielmehr der vorherigen Feststellung seines Gläubigerrechtes bedürfe, ist ausschließlich nach dem kantonalen Konkursrechte und nicht nach eidg. Obligationenrechte zu beurtheilen und daher gemäß Art. 29 des O.-G. vom Bundesgericht nicht nachzuprüfen. Wenn der Beklagte die Aktivlegitimation der Kläger im Fernern deshalb bestritten hat, weil er zu denselben in keinem Vertragsverhältnisse stehe, ein solches vielmehr nur zwischen den einzelnen Actienzeichnern und Gründern begründet worden sei, so geht auch diese Einwendung vollständig fehl. Es ist ja klar, daß aus der Actienzeichnung die (zu begründende) Actiengesellschaft berechtigt werden sollte und mit ihrer Entstehung berechtigt wurde. Die Kläger aber machen, wie bemerkt, lediglich die Rechte der Konkursmaße der Actiengesellschaft geltend.

2. Die von der ersten Instanz für begründet erachtete Einwendung, da die Actiengesellschaft in Folge Konkursausbruches Actientitel zu gewähren nicht mehr im Stande sei, so können auch die Zeichner zur Einzahlung der gezeichneten Actien nicht mehr angehalten werden, ist von dem Appellationsgerichte mit Recht zurückgewiesen worden. Allerdings ist die Verpflichtung des Actienzeichners keine einseitige, sondern geht auf Einzahlung der gezeichneten Beträge gegen Einräumung von Actienrechten, sodaß der Zeichner zur Einzahlung nur gegen Gewährung der entsprechenden Zahl von Actienrechten verpflichtet ist. Es ist ferner richtig, daß diese Natur der Verpflichtung des Actienzeichners durch den Konkursausbruch über die Gesellschaft prinzipiell nicht geändert wird, sowie daß der Zeichner in der Regel berechtigt ist, zu verlangen, daß ihm für die ihm gebührenden Actienrechte (gegen Vollzahlung) Actienbriefe ausgefolgt werden; denn in dem Actienbriefe (der Actie in diesem Sinne) verkörpert sich ja das Actienrecht; der Actienbrief ist nach den Bestimmungen des Gesetzes dessen Träger. Allein diese Regel gilt doch, wie mit der Vorinstanz anzuerkennen ist, nicht schlechthin unbedingt; soweit bei ausgebrochenem Konkurse über die Actiengesellschaft die Einräumung der Actienrechte an die Zeichner noch möglich ist und anerboten wird und nur die Ausfertigung der Actienbriefe in statutenmäßiger Form wegen Wegfalles der kompetenten Gesellschaftsorgane in Folge der Auflösung der Gesellschaft nicht mehr erfolgen kann, müssen sich die Zeichner, statt der Actienbriefe mit der Quittung über die geleisteten Einzahlungen und der gleichzeitigen Anerkennung ihrer Eigenschaft als Actionäre als einem nach Lage der Sache gleichwerthigen Ersatze begnügen. In der That wird ja hiedurch in dem vorausgesetzten Falle dem Actienzeichner die Ausübung aller Rechte eines Actionärs, von denen im Konkurse der Gesellschaft noch die Rede sein kann, ermöglicht. Actienrecht und Actienbrief sind eben nicht identisch; wenn auch letzterer der normale Träger des erstern ist, so erscheint er doch nicht als schlechthin und unbedingt zur Entstehung des Actienrechtes nothwendiger Faktor. Es ist denn auch die aus der gegentheiligen Ansicht folgende Konsequenz, wornach da, wo vor dem Konkursausbruche über eine Actiengesellschaft die Actienbriefe nicht gefertigt wurden, die Actienzeichner im Konkurse von jeder Einzahlungspflicht befreit wären, und die Gesellschaftsgläubiger also (von ihren Schadenersatzforderungen gegen Gründer oder Verwaltung abgesehen) das leere Nachsehen hätten, gewiß eine völlig unerträgliche. Im vorliegenden Falle sind nun Actienbriefe zwar wohl gedruckt, aber weder gestempelt, noch von den kompetenten Organen der Gesellschaft unterzeichnet und noch weniger natürlich begeben worden. Die Gesellschaft hat also nicht etwa über die Actienrechte (durch Begebung der Actienbriefe) zu Gunsten anderer Personen als der

Zeichner verfügt; dieselbe resp. deren Konkursmasse ist vielmehr in der Lage und bereit, den Zeichnern die ihren Zeichnungen entsprechenden Actienrechte einzuräumen und es können nur, da nach der Feststellung des Vorderrichters in Folge des Konkursausbruches die hiefür kompetenten Gesellschaftsorgane weggefallen sind, die Actienbriefe nicht mehr in statutenmäßiger Form ausgefertigt, sondern müssen durch eine Quittung, verbunden mit der Anerkennung der Eigenschaft als Actionär ersetzt werden. Nach dem oben Bemerkten werden hiedurch die Actienzeichner nicht befreit. Die Entscheidungen des deutschen R.-O.-H.-G. (Bd. XIX. S. 230 u. folg. und XX S. 273 u. f.), auf welche zur Begründung der gegentheiligen Ansicht Bezug genommen worden ist, treffen den vorliegenden Fall nicht; sie haben vielmehr den ganz andern Thatbestand im Auge, daß die Actiengesellschaft während ihres Bestehens die Actienbriefe an andere Personen als die Zeichner begeben hat und daher im Konkurse zur Einräumung von Actienrechten an die Zeichner nicht mehr im Stande ist; der hier vorliegende Fall (wo überhaupt während des Bestehens der Actiengesellschaft keine Actienbriefe gefertigt und begeben wurden) wird dabei ausdrücklich vorbehalten (vergleiche auch Vavosseur, Revue des Sociétés I Seite 235).

3. Vom Beklagten ist der Klage des Fernern die Einwendung entgegengestellt worden, er habe niemals den Willen gehabt, durch seine Unterschrift sich zur Einzahlung der gezeichneten Actienbeträge zu verpflichten. Sein Wille sei, in Uebereinstimmung mit demjenigen der Mitgründer bloß dahin gegangen, für ein ihm zustehendes (gefährdetes) Guthaben an die Kollektivgesellschaft G. Stapfer durch Uebernahme einer entsprechenden Anzahl Actien der neu zu gründenden Actiengesellschaft (welche von der Kreditbank in Basel hätten vertrieben werden sollen) Deckung oder Zahlung zu empfangen. Es sei ihm Seitens der Mitgründer, speziell der Gebrüder Stapfer zugesichert und vorgespiegelt worden, er brauche nichts einzubezahlen, sondern könne seine Einzahlungspflicht durch Verrechnung des Guthabens an die Kollektivgesellschaft G. Stapfer erfüllen und er habe dieß auch geglaubt. In diesem Sinne habe er seine Unterschrift gegeben, ohne die Statuten, die auch nicht seien vorgelesen worden, auch nur zu lesen. Niemals habe er daran gedacht, eine Verpflichtung zur Einzahlung der Actienbeträge zu übernehmen; von den Manipulationen der Mitgründer, insbesondere von dem Mißverhältnisse zwischen dem wirklichen Werthe der eingebrachten Waaren und dem Anschlagpreise derselben, habe er keine Kenntniß gehabt, es stehen ihm daher die Einwendungen des mangelnden Verpflichtungswillens bezw. des wesentlichen Irrthums und des Betruges zur Seite. Diese Einwendungen sind von der Vorinstanz mit Recht zurückgewiesen worden. Der Beklagte bestreitet nicht, daß er die unbedingte, irgend welche Beschränkung oder Nebenabrede nicht enthaltende, zur Baarzahlung verpflichtende Actienzeichnung mit dem Bewußtsein und Willen, eine solche Zeichnungserklärung abzugeben, vorgenommen habe. Danach haftet er aber gegenüber der Actiengesellschaft resp. deren Konkursmaße nach Maßgabe des Inhalts dieser seiner schriftlichen Erklärung und kann anderweitige mit Projektanten oder Mitgründern allfällig vereinbarte Beschränkungen oder Nebenabreden der Actiengesellschaft nicht entgegenhalten. Diese wird berechtigt nach Inhalt derjenigen Willenserklärung, welche vom Zeichner zu ihren Handen, um als Ausweis der Zeichnung des Grundkapitals und damit zur Ermöglichung der Begründung der Gesellschaft zu dienen, abgegeben wurde d. h. nach Inhalt der schriftlichen Betheiligungserklärung. Denn der Beklagte wußte und mußte wissen, daß seine Zeichnung in diesem Sinne könne und werde verwendet werden; er wollte der Actiengesellschaft und beziehungsweise dem Handelsregisterführer gegenüber seine Betheiligungserklärung so abgeben, wie sie lautet, d. h. als unbedingte, zur Einzahlung verpflichtende Betheiligungserklärung. Darauf, er habe sich nicht wirklich zur Einzahlung verpflichten wollen, kann sich ein Actienzeichner, welcher eine unbedingte Betheiligungserklärung ausgestellt und diese zum Ausweise der Deckung des Grundkapitals hat

verwenden lassen oder wohl gar selbst verwendet hat, der Actiengesellschaft oder deren Gläubigerschaft gegenüber gewiß nicht berufen. Der Actiengesellschaft und damit mittelbar Dritten gegenüber haftet der Zeichner vielmehr so, wie seine zu ihren Handen abgegebene Betheiligungserklärung lautet (vergleiche Art. 16 Abs. 2 des O.-R.). Abmachungen mit Projektanten oder Mitgründern, wonach die Zahlung überhaupt nicht oder nur unter gewissen im Zahlungsschein nicht ausgedrückten Modalitäten geschehen solle, mögen einen Anspruch gegenüber den betreffenden Kontrahenten begründen; der Actiengesellschaft stehen sie nicht entgegen. Denn die Projektanten oder Gründer sind, wenn sie auch für Begründung der Actiengesellschaft thätig sind, doch nicht Stellvertreter derselben; die Actiengesellschaft erscheint vielmehr ihnen gegenüber als Dritter; ihre Rechte gegenüber dem Zeichner stützen sich unmittelbar auf dessen schriftliche Betheiligungserklärung (vergleiche hiezu Wiener, Zeitschrift für H.-R., Bd. 24, S. 450 u. f.). Danach kann denn, da eben Actiengesellschaft und Gründer nicht identisch, auch die letztern nicht die Stellvertreter der erstern sind, dem Anspruche der Actiengesellschaft aus dem Zeichnungsschein auch nicht die Einrede des Betruges wegen Handlungen der Gründer oder Projektanten entgegengehalten werden. (Art. 24 und 25 des O.-R.) Uebrigens könnte im vorliegenden Falle von einem Betruge der Mitgründer gegenüber dem Beklagten nach dem vorinstanzlich festgestellten Thatbestande thatsächlich nicht die Rede sein. Denn die Vorinstanz nimmt an, der Beklagte habe im Ernste gar nicht geglaubt, sich durch Verrechnung seines werthlosen Guthabens an die Firma G. Stapfer von seiner Einzahlungspflicht befreien zu können und sei auch darüber nicht im Zweifel gewesen, daß die von den Gebrüdern Stapfer eingebrachten Waaren den ihnen im Gründungsvertrage beigelegten Werth bei weitem nicht besitzen; er habe sich vielmehr einfach durch die Hoffnung leiten lassen, die gezeichneten Actien noch rechtzeitig vor dem Krache absetzen zu können und dadurch frei zu werden.

4. Des weitern ist vom Beklagten eingewendet worden, er hafte aus seiner Zeichnung gemäß Art. 617 des O.-R. deßhalb nicht, weil die Actiengesellschaft überhaupt nicht gültig zu Stande gekommen sei. Hiegegen ist zu bemerken: Die Aktiengesellschaft Bijouteriefabrik Zürich ist im Handelsregister eingetragen und hat auch thatsächlich ihre Geschäfte begonnen. Richtig ist allerdings, daß bei ihrer Begründung in arger Weise gegen gesetzliche Normativvorschriften vorstoßen wurde, da die Bescheinigung, es seien 20 % auf jede Actie einbezahlt, eine durchaus unwahre war. Allein ein bei der Begründung begangener Verstoß gegen eine Normativvorschrift des Gesetzes macht die durch die Eintragung ins Handelsregister formell begründete Actiengesellschaft nicht nichtig. Freilich sind die Normativvorschriften des Gesetzes in dem Sinne zwingenden Rechtes, daß sie durch den Parteiwillen nicht abgeändert werden können und die Registerbehörde deren Erfüllung zu prüfen und sofern sie ersieht, daß dieselben nicht erfüllt sind, die Eintragung zu verweigern hat; es sollen also nach dem Willen des Gesetzes Actiengesellschaften nicht anders als unter Erfüllung der sämmtlichen Normativvorschriften begründet werden. Allein wenn eine Actiengesellschaft nichts destoweniger, trotz Nichterfüllung einer Normativvorschrift zum Eintrage gelangt, indem es z. B., wie im vorliegenden Falle, gelingt, den Handelsregisterführer durch unrichtige Bescheinigungen zu täuschen, so ist die eingetragene Gesellschaft nicht nichtig. Trotz des Verstoßes gegen die Normativvorschrift äußert der Formalakt der Eintragung seine Wirkung. Die Gesellschaft hat durch denselben rechtliche Persönlichkeit erlangt; der Verstoß gegen die Normativvorschrift ist durch die Eintragung geheilt. Das Gesetz droht die Folge der Nichtigkeit nicht ausdrücklich an und es ergibt sich dieselbe auch nicht aus dem Zusammenhange des Gesetzes. Vielmehr folgt daraus, daß das Gesetz (Art. 623 des O.-R.) zwar wohl die Haftung für Rechtsgeschäfte, welche für eine Actiengesellschaft *vor* deren Eintrag ins Handelsregister abgeschlossen werden, normirt, dagegen eine Bestimmung

rücksichtlich der Rechtsgeschäfte eingetragener, aber unter Verletzung gesetzlicher Normativvorschriften begründeter Gesellschaften nicht enthält, daß es eben für die Rechtsgeschäfte eingetragener Gesellschaften schlechthin die Actiengesellschaft als haftbar, dieselbe also als rechtlich existent betrachtet und behandelt. In diesem Sinne haben sich denn auch die deutsche Doctrin und Praxis übereinstimmend ausgesprochen, welche für die Auslegung des Obligationenrechtes um so mehr von Bedeutung sind, als das O.-R. in seinen Vorschriften über die Entstehung der Actiengesellschaften sich wesentlich an die deutsche Actiennovelle von 1870 anlehnt. Das französische Recht seinerseits dagegen schreibt allerdings vor, daß eine Actiengesellschaft, bei deren Gründung gegen gesetzliche Normativvorschriften verstoßen worden ist, auf Betreiben eines Betheiligten für ungültig könne erklärt werden. Allein es ist immerhin zu beachten, daß es auch in Frankreich anerkannten Rechtens ist, daß die Actionäre die Nichtigkeit der Gesellschaft Dritten nicht entgegenhalten können, daß dieselben vielmehr trotz der Nichtigerklärung der Gesellschaft für die während deren factischem Bestande auf ihren Namen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte Dritten haften (siehe Lyon-Caën und Renault, Précis de droit commercial, 1. Auflage, I. No. 470). Wenn der Beklagte speziell behauptet, es habe die Actiengesellschaft Bijouteriefabrik Zürich mangels eines wirklich vorhandenen Grundkapitals nicht entstehen können, so ist auch dieß unrichtig. Das Grundkapital der Gesellschaft war, und zwar vollständig gezeichnet; daß es nicht vollständig einbringlich ist, hindert die Entstehung der Actiengesellschaft nicht. Der Beklagte kann sich übrigens hierauf um so weniger berufen, als er selbst in Verbindung mit den übrigen Gründern die Erklärung abgegeben hat, es sei das Grundkapital vollständig gezeichnet und nun gewiß nicht hintendrein geltend machen kann, es sei das Grundkapital wegen Insolvenz einzelner Zeichner u. s. w. nicht resp. nicht vollständig einbringlich.

5. Noch weniger ist die Einwendung begründet, daß der Beklagte durch Gutschrift der gezeichneten Beträge im Kassabuch liberirt worden sei. Die fragliche Gutschrift ist von den Gesellschaftsgründern bewirkt worden. Die Vorinstanz führt nun mit Recht aus, daß diese einen Zeichner nur durch Vernichtung seiner Zeichnung seiner Verbindlichkeit entlassen können, daß dagegen die von ihnen ausgesprochene Befreiung von der Einzahlungspflicht für eine der Actiengesellschaft überwiesene Zeichnung der Gesellschaft gegenüber unwirksam sei und daß übrigens auch die Gesellschaft selbst die Zeichner selbstverständlich nicht entlassen könnte.

6. Die Behauptung des Beklagten, er könne bloß zur Zahlung von 20 % der gezeichneten Summe angehalten werden, ermangelt jeden Grundes und die weitere Einwendung, die Zahlungspflicht könne nur bis auf die Höhe der klägerischen Forderungen geltend gemacht werden, erledigt sich durch den einfachen Hinweis darauf, daß die Kläger nicht ihre Forderungen an die Actiengesellschaft, sondern die Rechte der Actiengesellschaft aus der Zeichnung geltend machen. Dagegen hätte allerdings wohl mit Recht geltend gemacht werden können, es sei die Actiengesellschaft resp. deren Konkursmaße zur Einforderung der Zeichnungen nur insoweit berechtigt, als dieß zur Befriedigung der sämmtlichen Konkursgläubiger der Gesellschaft erforderlich sei und es sei die hiezu erforderliche Summe auf die sämmtlichen Zeichner nach Verhältniß ihrer noch ausstehenden Beiträge (unter eventueller antheilsmäßiger Haftung derselben für nicht einbezahlte Beträge anderweitiger Zeichner) zu vertheilen. Allein dieser Gesichtspunkt ist vom Beklagten nicht geltend gemacht worden; es ist speziell nicht behauptet oder dargethan worden, daß die Rezahlung der sämmtlichen Gesellschaftsschulden nicht die Einforderung seines gesammten Beitrages erfordere.

Haftpflicht

des Geschäftsherrn für den Schaden, den seine Arbeiter in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben (Art. 62 des O.-R.). Zum Begriff: „aller erforderlichen Sorgfalt" im Sinne der genannten Gesetzesstelle.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 21. September 1889.
Stark ca. Wille.

Um die Facade eines Hauses ausbessern zu können, wurden an derselben zwei lange Leitern aufgestellt und zwischen die Sprossen derselben ein Laden gestoßen, auf welchem die Arbeiter zu stehen hatten. Eines Tages wurde es nöthig, diesen Laden mehr nach unten zwischen zwei tiefer liegende Leiternsprossen zu verlegen. Auf dem Platze waren einzig zwei Arbeiter des betreffenden Uebernehmers und diese gingen wie folgt vor: Sie knüpften am einen Ende mittelst eines Knotens (eines sogenannten Wasserlatzes) ein Seil an den Laden. Dann stieg der eine Arbeiter auf das Dach und der andere auf die Leiter, auf welcher das nicht angeseilte Ende des Ladens auflag. Es handelte sich darum, daß der Arbeiter auf dem Dache den Laden mittelst des Seiles auf der einen Seite halte, nachdem sein Kamerad denselben durch Gegensichziehen aus der betreffenden Leiternsprosse gebracht hatte, daß darauf der letztere den Laden auch auf seiner Seite aus der Sprosse ziehe und sodann beide denselben, der eine durch allmäliges Hinunterlassen am Seil und der andere durch Hinuntertragen auf der Leiter in die angenommene Tiefe bringen, wo er durch den Arbeiter auf der Leiter wieder zwischen zwei neue Sprossen gebracht werden sollte. Als nun der Arbeiter auf dem Dache den Laden mittelst des Seiles hob und der andere denselben gegen sich zog, um ihn aus der gegenüberliegenden Sprosse zu ziehen, blieb die Schlinge des Seiles an einem Nagel hängen, weßhalb der Laden aus derselben gezogen wurde und nunmehr ohne Halt nach unten stürzte. Ganz in der Nähe des Gerüstes war ein Kutscher mit dem Anspannen eines Pferdes beschäftigt, der Laden fiel ihm auf den Kopf und verletzte ihn der Art, daß er einige Wochen arbeitsunfähig blieb. Die beiden Arbeiter (Maurer) wurden wegen fahrlässiger Körperverletzung in Strafuntersuchung gezogen und in dieser eine Expertise erhoben. Der Experte erklärte, das von den beiden Arbeitern beobachtete Verfahren für das Hinunterlassen des Ladens, speziell die Anwendung eines sogenannten Wasserlatzes sei das allgemein vorkommende und übliche und es wäre der Unfall nicht begegnet, wenn das Seil nicht an einem Nagel hängen geblieben wäre. Allerdings hätte das Herausrutschen des Brettes aus dem Seil trotz Hängenbleiben des letztern dadurch vermieden werden können, daß man außerhalb der Schlinge einen Nagel in das Brett geschlagen hätte. Allein vermuthlich wären auch andere Maurer nicht auf diese Idee verfallen und es könne somit von eigentlicher Fahrlässigkeit nicht gesprochen werden. Die Angeklagten wurden freigesprochen. Nun belangte aber der Verletzte den Diensthorrn der beiden Arbeiter auf Grund von Art. 62 des O.-R. auf Schadenersatz. *Die Klage wurde jedoch von beiden Instanden abgewiesen.*

Gründe:

1. Die Klage stützt sich auf den Art. 62 des Obligationenrechts, wonach ein Geschäftsherr für den Schaden haftet, den seine Angestellten oder Arbeiter in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, daß er alle erforderliche Sorgfalt angewendet habe, um den Schaden zu verhüten.

2. Daß die Verletzung des Klägers im vorliegenden Fall eine Folge der durch die beklagtischen Arbeiter in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen vorgenommenen Manipulationen sei, ist anerkannt und nur streitig, ob der Beklagte alle erforderliche Sorgfalt zur Verhütung des Unfalls angewandt habe oder nicht.

3. Dafür, daß das letztere geschehen sei, liegt nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes dem Beklagten der Beweis ob, derselbe macht aber mit Recht geltend, daß dieser

weis schon aus den Strafuntersuchungs-
:en folge.
4. Wenn auch der Begriff: „*alle* erforder-
ıe Sorgfalt“ ein weitgehender ist, so kann
·unter vernünftiger Weise doch nur der-
ige Grad von Sorgfalt und Vorsicht ver-
nden werden, der nach allgemeiner An-
ht und nach der Erfahrung der Fachleute
wie auch nach menschlicher Voraussicht
nügt, um den Eintritt von Unfällen zu
rhüten. Wenn diese Sorgfalt, die in 999
llen genügt, im tausendsten Falle nicht im
ınde ist, einen Unfall auszuschließen, so
das eben Zufall und eine Haftpflicht für
ıfall ist in dem Art. 62 des Obl.-R. nicht
sgesprochen; es bedarf eines Verschuldens.
5. Nun ist nicht bestritten und überdem
rch die Expertise im Strafprozesse festge-
illt worden, daß das Verfahren, welches
beiden Arbeiter des Beklagten eingeschla-
n haben, um den Laden von den obern
f weiter unten gelegene Sproßen zu brin-
n, das für diesen Zweck überall und in
ıicher Weise beobachtete ist. Die Anwen-
ng dieses Verfahrens beruht auf der Er-
ırung, daß dasselbe unter gewöhnlichen
nständen, d. h. bei Anwendung der nöthi-
n Vorsicht und wenn kein unglücklicher
ıfall, der nicht zu präsumiren ist, hinzu-
mmt, vollständig genügt, um Unfälle aus-
schließen und es ist ja in der That auch
r den Laien ersichtlich, daß abgesehen von
ıfälligkeiten eine Gefahr nicht besteht, so-
ld der Laden nur wagrecht herunterge-
ısen wird, denn dann kann derselbe nicht
s dem Seil herausrutschen. Aus dem Ge-
gten muß nun aber geschlossen werden,
ß der Geschäftsherr, indem er seine Ar-
iter mit dem genannten Verfahren ver-
ıut gemacht und ihnen ein genügend star-
s Seil zur Verfügung gestellt hat, alle ihm
liegende Sorgfalt angewendet hat. Wäre
s Seil nicht hängen geblieben, so würde
ch der Unfall nicht eingetreten sein, die-
s Hängenbleiben des Seiles aber an einem
ıgel kann doch wohl dem Bauherrn nicht
r Schuld angerechnet werden. Es ist das
was zufälliges und deßhalb auch nicht üb-
h, daß man außerhalb des Seiles einen
ıgel in den Laden schlägt. Angenommen
aber auch, es hätte das Hängenbleiben des
Seiles bei mehr Vorsicht Seitens der Arbei-
ter verhütet werden können, so trifft nur
diese, nicht aber den Geschäftsherrn selbst
ein Verschulden; denn diesem kann doch
wohl nicht zugemuthet werden, jeden einzel-
nen Arbeiter an vielleicht verschiedenen, weit
auseinanderliegenden Bauten jederzeit zu be-
aufsichtigen, sofern nur, was hier unbestrit-
ten blieb, seine Arbeiter erfahrungsmäßig
zuverläßige Leute sind. Ob die Arbeiter den
Kläger im kritischen Momente gesehen haben
und ihn somit hätten warnen können oder
nicht, ist unerheblich, weil bejahendenfalls
daraus nur ein Verschulden der Arbeiter,
nicht aber ihres Dienstherrn folgen würde
und der Art. 62 des O.-R. nicht eine Haft-
pflicht für fremdes Verschulden statuirt.

Konkurs.

Mit einer erst nach dem Konkursausbruch in Folge Darlehens erworbenen Forderung an den Cridaren kann im Konkurse nicht mehr participirt werden.

Ungültigkeit der Faustpfandbestellung für eine solche Forderung an einer zur Activmaße des Konkursiten gehörenden Lebensversicherungspolice (§ 1099 des P. B.-B. und § 36 des Konkursgesetzes). Nutzlose Berufung des Faustpfandgläubigers auf seinen guten Glauben unter Verweisung auf den Art. 213 des Schw. O.-R.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 15. Juni 1889.
Näf-Wolf ca. Konkursmasse Lüssi.

Am 30. Januar 1889 wurde in Folge durchgeführten Rechtstriebes über A. Lüßi, Bürstenfabrikant in Enge, der Konkurs eröffnet und es erfolgte die Publikation im Amtsblatt vom 15. Februar. Am gleichen Tage (15. Februar) gab der Banquier Näf-Wolf dem Lüßi 250 Fr. als Darlehen gegen Acceptirung einer Tratte an eigene Ordre des Ausstellers im gleichen Betrage, fällig per 15. Mai 1889 und gegen faustpfandweise Uebergabe einer

Lebensversicherungspolice von 5000 Fr. auf die Rentenanstalt Zürich, worüber eine von Lüßi unterzeichnete Faustpfandbescheinigung ausgestellt wurde. Am 27. Februar bezahlte sodann Näf-Wolf die mit 1. Januar fällig gewordene Jahresprämie mit 200 Fr. plus 2 Fr. Säumnißbuße und meldete am gleichen Tage im Konkurse eine Gesammtforderung von 452 Fr. an unter Geltendmachung eines Faustpfandrechtes für diesen ganzen Betrag. Rechtsagent Ehrensperger bestritt das Faustpfandrecht Namens Frau und Kinder des Cridaren und der Konkursrichter zog von sich aus auch noch die Existenz der Forderung in Zweifel und verwarf dann auch wirklich sowohl Forderung als Pfandrecht mit Erkenntniß vom 9. April 1889.

Ueber dieses Erkenntniß beschwerte sich der Ansprecher, indem er den Antrag auf Gutheißung von Forderung und Pfandrecht stellte. Die Beschwerde wurde abgewiesen.

Gründe:

1. Was zunächst die Forderung betrifft, so ist zwar allerdings ganz klar, daß der Ansprecher und Rekurrent eine solche im Betrage von 250 Frkn. aus Darlehen bezw. Wechselversprechen gegenüber dem Konkursiten Lüssi erworben hat. Allein die Frage ist hier die, ob er mit dieser Forderung im Konkurse des Schuldners neben den andern Gläubigern an der Vertheilung der Activmaße konkuriren könne oder nicht und auf diese, für den Konkurs einzig relevante und auch in diesem allein zu entscheidende Frage muß eine verneinende Antwort gegeben werden. Und zwar liegt der Grund einfach darin, daß die mit dem Momente des Konkursausbruches ispo jure eintretende Verfügungsunfähigkeit des Gemeimschuldners bezüglich seiner Güter auch die Unfähigkeit zur Contrahirung neuer Schulden *auf Rechnung der beim Konkursausbruch vorhandenen Activmasse* zur Folge hat. Die Schulden werden also zwar allerdings existent, allein der Gläubiger darf seine Befriedigung nicht in dem zur Zeit der Schuldbegründung bereits ausgebrochenen Konkurse suchen. Denn die Contrahirung von Schulden nach erfolgtem Konkursausbruch *auf Rechnung der bereits bestehenden Activmasse* enthält eine unzuläßige Schädigung der beim Konkursausbruch vorhandenen Gläubigerschaft, der die Activmaße bereits zur Befriedigung zugewiesen ist. Der gute oder böse Glaube des contrahirenden Creditors kommt dabei gar nicht in Betracht, sobald man, wie geschehen, die Unzuläßigkeit seiner Betheiligung an der Activmaße aus der Unfähigkeit seines Schuldners, das Activvermögen nach ausgebrochenem Konkurse weiter zu belasten, ableitet.

2. Es kann aber auch im fernern die Pfandrechtsansprache nicht geschützt werden, denn in der Faustpfandbestellung liegt eine direkte Verfügung über ein spezielles Activum seitens des Gemeinschuldners und zu einer solchen war derselbe nach § 1099 des P. G.-B. und § 36 des Konkursgesetzes nicht befugt, woraus die absolute Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes folgt. Auch hier hält die Berufung auf den guten Glauben des Rekurrenten unter spezieller Verweisung auf den Art. 213 des O.-R. nicht Stich. Denn diese Gesetzesstelle spricht nur von der Verpfändung beweglicher Sachen oder Inhaberpapieren, währenddem wir es hier mit der Verpfändung einer gewöhnlichen Schuldforderung zu thun haben. Die Versicherungspolice lautet auf den Namen des Lüßi, er ist der Forderungsberechtigte aus dem Vertrag. Wenn er den 31. Dezember 1909 erlebt, so muß die Versicherungssumme an ihn ausbezahlt werden, sofern er nicht vorher über den Anspruch anderweitig verfügt hat und stirbt er früher, so sind unter der nämlichen Voraussetzung, daß nicht eine anderweitige Verfügung von ihm getroffen worden ist, seine Erben bezugsberechtigt. Nach § 23 der Statuten ist die Rentenanstalt nur *berechtigt*, den Policeninhaber als rechtmäßigen Besitzer zu betrachten und an ihn zu bezahlen, nicht aber verpflichtet, woraus folgt, daß die Innehabung der Police allein die Gläubigerschaft nicht herzustellen vermag und deßhalb auch von einem vollkommenen Inhaberpapier nicht gesprochen werden kann. Von *analoger* Anwendung des Art. 213 des O.-R. auf Verpfändung von andern als *reinen* Inhaberforderungen kann mit Rücksicht auf seine singuläre Natur keine Rede sein.

3. Ist hienach der Rekurrent nicht Faustpfandgläubiger, so kann er natürlich auch die Rückforderung der Prämienzahlung nicht aus dieser Eigenschaft ableiten. Die Verwendung, die er dießfalls gemacht hat, kann bei dieser Sachlage überhaupt nicht als eine solche für den Cridaren, die einen Forderungsanspruch ihm gegenüber begründen würde, sondern nur als eine Verwendung für die Gläubigerschaft bezw. die Konkursmaße als solche, welcher die Police als unbelastetes Befriedigungsobjekt überwiesen ist, betrachtet werden. Daraus folgt aber, daß auch nur die letztere als solche Schuldnerin eines allfälligen aus der Verwendung dem Rekurrenten entstandenen Forderungsanspruches sein kann und die weitere Consequenz dieser Auffassung ist die, daß die Frage, ob ein solcher Anspruch überhaupt bestehe, nicht Gegenstand einer Konkurspendenz sein kann, sondern in einem ordentlichen Prozesse zwischen dem Rekurrenten als Kläger und der Konkursmaße Lüßi als Beklagte ausgetragen werden muß.

Viehkauf zum Schlachten.

Nachwährschaftspflicht des Verkäufers. Dieselbe begründet nur einen Minderungs-, nicht aber auch einen Wandelungsanspruch des Käufers (Art. 17 des Konkordates über die Viehhauptmängel). Pflicht des Käufers zur sofortigen Verwerthung des Fleisches, soweit solche in Folge der Krankheit des Thieres nicht untersagt worden ist.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 18. Juni 1889.
Keller contra Jucker.

Am 22. Mai 1888 verkaufte der Landwirth Bernhardt Jucker im Humbel-Pfäffikon dem Viehhändler Jakob Keller im Schalchen-Wildberg, der in Kollbrunn eine Metzg betreibt, einen Ochsen zum Schlachten. Am 25. Mai, Abends, wurde der Ochse in der Metzg zu Kollbrunn geschlachtet. Der Fleischschauer erklärte dann aber nach Untersuchung des Fleisches, dasselbe dürfe auf öffentlicher Bank nicht ausgewogen werden, weil das Thier an Abzehrung in Folge intensiver Leberleiden gelitten habe. Genußfähig war das Fleisch aber immerhin, mit Ausnahme von Leber und Lunge und durfte deßhalb auch verwerthet werden, nur nicht auf öffentlicher Fleischbank. Nach der Ansicht des Bezirksarztes hätte man für dasselbe, — in frischem Zustand verkauft, — 60 Rp. per Pfund oder $^1/_2$ Kilo gelöst, währenddem das Fleisch als *bankwürdig* 70 Rp. per $^1/_2$ Kilo gekostet hätte. Da der Sohn Keller, welcher die Metzg für seinen Vater betreibt, nicht wußte, woher letzterer den Ochsen hatte und deßhalb dem Verkäufer nicht selbst Mittheilung machen konnte, telegraphirte er noch am gleichen Abend, den 25. Mai, an seinen Vater nach Schalchen-Wildberg. Auf der Depesche war deren Zustellung durch einen Expressen verlangt. Die Frau des Telegraphisten in Turbenthal gab dann aber die Depesche einem zufällig auf der Station anwesenden Einwohner von Schalchen-Wildberg, der erklärte, sofort nach Hause zu gehen und dieselbe dem Adressaten übergeben zu wollen. Er hielt dann aber dieses Versprechen nicht, sondern trug die Depesche bis am Sonntag Vormittag den 27. Mai im Sack herum und gab sie erst dann ab. Indessen hatte Vater Keller den Sachverhalt gleichwohl schon am Samstag den 26. Mai, Vormittags, durch den inzwischen heimgekehrten Sohn erfahren, gleichwohl ging er aber erst am Sonntag den 27. Mai nach Empfang der Depesche zum Verkäufer Jucker. Beide verfügten sich hierauf nach Kollbrunn in die Metzg, Jucker weigerte sich aber, das Fleisch des geschlachteten Thieres zurückzunehmen, weil es bereits übelriechig und deßhalb unverkäuflich sei. Am Mittwoch den 30. Mai wollte dann Keller das Fleisch endlich verkaufen, allein nun war dasselbe bereits in einem Grade in Verwesung übergegangen, der die Gesundheitsbehörde veranlaßte, den Verkauf zu verbieten und die Anordnung zu treffen, daß alles Fleisch „verlocht" werde.

Da Keller den Kaufpreis von 501 Fr. bei der Uebergabe des Thieres sofort baar bezahlt hatte, so verlangte er nun dessen Rückvergütung. Es wurde ihm jedoch nur der

Minderwerth zugesprochen, den der Ochse in Folge seiner Krankheit für den Metzger hatte und der auf die Differenz zwischen dem Preis für Fleisch eines gesunden und dem Preis für Fleisch eines Thieres mit der in Frage kommenden Krankheit festgesetzt wurde.

Gründe:

1. Es handelt sich um eine Nachwährschaftsklage aus Viehkauf. Nach Art. 890 des Schweiz. Obl.-R. gelten beim Viehkauf hinsichtlich der Gewährleistung wegen Mängel die Vorschriften der kantonalen Gesetzgebungen, beziehungsweise des Konkordates über die Viehhauptmängel. Und zwar muß, da diese Gesetzesbestimmung ganz allgemein lautet und nicht unterscheidet zwischen dem Viehkauf zum Gebrauch und demjenigen zum Schlachten (bezw. zur Fleischbenutzung), der Vorbehalt auch auf beide Kaufsarten bezogen werden.

2. Für den Kanton Zürich kommt das Konkordat zur Anwendung. Dieses enthält aber mit Bezug auf die hier in Frage kommende Art des Handels (Viehkauf zum *Schlachten*) nur eine Bestimmung, nämlich diejenige seines Artikels 17, welcher festsetzt, daß wenn Rindvieh zum Schlachten veräußert und dann mit einer solchen Krankheit behaftet erfunden werde, daß der Verkauf des Fleisches ganz oder theilweise untersagt werde, der Uebergeber für den erweislichen Minderwerth Vergütung zu leisten habe. Die *übrigen* Bestimmungen des Konkordates beziehen sich ausschließlich nur auf den Verkauf von Rindvieh zum *Gebrauch* und keineswegs etwa auch auf solchen zum Schlachten. Es zeigt dieß eine Vergleichung jener Bestimmungen mit dem § 17 ganz deutlich. Dieser nimmt den Fall des Verkaufs von Rindvieh zum Schlachten von den Bestimmungen des ersten Theils des Konkordates ausdrücklich aus. Aber auch abgesehen hievon ergibt sich aus den Bestimmungen des ersten Theils des Konkordates, daß dieselben nur den Handel mit Thieren zum Gebrauch im Auge haben. Die Währschaftsmängel wären sonst in anderer Weise umschrieben und keine Förmlichkeiten vorgeschrieben worden, die beim Schlachten gar nicht innegehalten werden können (siehe den die gleiche Ansicht aussprechenden Entscheid in H. Entsch. Bd. VIII pag. 46.).

3. Nach dem Art. 17 des Konkordates haftet der Veräußerer beim Verkauf von Rindvieh zum Schlachten für den Minderwerth, den der Käufer dadurch erleidet, daß das Fleisch in Folge einer Krankheit des Thieres ganz oder theilweise nicht verkauft werden darf, eine Währschaftspflicht, wie sie auch aus Art. 243 des O.-R. abgeleitet werden kann, sobald beachtet wird, daß der vertraglich vorausgesetzte Gebrauch beim Viehverkauf zum Schlachten eben die Fleischverwerthung ist. Der Art. 17 des Konkordates enthält also eigentlich nur *eine* Abweichung von den allgemeinen Nachwährschaftsgrundsätzen des Obligationenrechtes und zwar die, daß er nicht, wie das letztere, wahlweise den Wandelungs- *und* Minderungsanspruch, sondern *nur* den letztern gestattet, den erstern dagegen ausschließt. Diese besondere Vorschrift des Konkordates muß nach dem Art. 890 des O.-R. berücksichtigt werden, während im Uebrigen die Vorschriften des Obligationenrechtes zur Geltung kommen.

4. Der verkaufte Ochse war unbestrittenermaßen mit einer Krankheit behaftet, welche zur Folge hatte, daß der Verkauf des Fleisches auf *öffentlicher* Fleischbank untersagt wurde und für den daraus resultirenden Minderwerth hat der Beklagte als Käufer nach dem Gesagten aufzukommen. Er hat aber nicht aufzukommen für den Minderwerth, der daraus resultirt, daß das Fleisch schließlich, nämlich am 30. Mai in Folge vorgeschrittener Verwesung desselben gar nicht mehr verwerthet werden durfte, sondern „verlocht" werden mußte, denn *dieser* Minderwerth ist nicht die Folge der Krankheit, an welcher das Thier gelitten hat, sondern die Folge davon, daß das Fleisch, welches trotz jener Krankheit genußfähig war und deßhalb auch (wenn gleich nicht auf *öffentlicher* Fleischbank) versteigert werden konnte und durfte, nicht rechtzeitig versteigert worden ist und dafür hat der Kläger als Käufer selbst aufzukommen. Denn wenn es auch richtig ist, daß der sofortige und rechtzeitige Verkauf des Fleisches ohne die Krankheit des Thieres

vermuthlich keinen Aufschub erlitten hätte, so steht doch ebenso fest, daß die Krankheit keinen Grund bilden konnte, den Verkauf in der Art, wie er gestattet war, zu verzögern und damit ist der Kausalzusammenhang zwischen derselben und dieser Verzögerung ausgeschlossen. Der gesetzliche Ausschluß der Wandelung weist das Fleisch dem Käufer zu, womit ohne Weiters gesagt sein dürfte, daß es seine Sache sei, für dessen Verwerthung, soweit solche noch möglich, zu sorgen, indem der Werth, den das Fleisch trotz der Krankheit hat, als von ihm empfangen gelte. Wollte man aber nicht so weit gehen, so war der Kläger dann jedenfalls auf Grund von Art. 248 des O.-R. verpflichtet, für den sofortigen Verkauf des Fleisches zu sorgen, denn die Gefahr, daß dasselbe in schnelle Verderbniß gerathe, war so offensichtlich, daß die Nichtbeachtung derselben seitens eines Metzgers ganz unverständlich bleibt.

Miteigenthum an einem Trottwerk.

Streit über den Umfang der Gebrauchsberechtigung der einzelnen Theilhaber. (§ 110 des P. G.-B.)

Kassationsgericht Zürich, 17. Juli 1889.

Im Prozeß zwischen mehreren Miteigenthümern eines Trottwerkes bestimmte die Appellationskammer des Obergerichtes mit Urtheil vom 13. April 1889, daß und wie die Parteien über die Benutzung der Trotte zu losen haben und fügte dieser Bestimmung bei:

„Bei dieser Verlosung soll es die Meinung haben, daß wenn ein Trottenantheilhaber an den ihm zustehenden Tagen nichts zu trotten hat und sein Trottrecht auch an keinen Dritten verleihen kann, der im Loos folgende Trottberechtigte zum Trotten befugt ist." Diese Zusatzbestimmung wurde von den Klägern, dem Maurer Schärrer und seiner Ehefrau, welche zu $^{11}/_{16}$ Miteigenthümer sind, während den 2 Beklagten zusammen nur $^{5}/_{16}$ zustehen, mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten. Sie verlangten Abänderung derselben dahin, daß wenn ein Berechtigter an den ihm zustehenden Tagen nichts zu trotten habe, er sein Trottrecht an einen Dritten verleihen könne. Der Entscheid wie er vorliege, stehe im Widerspruch mit der klaren Bestimmung des § 110 des P. G.-B., daß jeder Miteigenthümer von der gemeinsamen Sache die Früchte nach Verhältniß seines Antheils sich aneignen dürfe. Da die Kläger nur wenige Obstbäume, die Beklagten dagegen nicht nur solche, sondern auch etwas Reben besitzen, so kommen sie, die Kläger fast nie in den Fall, die Trotte zu benutzen, die Beklagten dagegen sehr häufig; daher würden, wenn die angefochtene Bestimmung in Kraft bliebe, die Kläger, die zu $^{11}/_{16}$ Miteigenthümer seien und daher auch weitaus den größten Theil an die Unterhaltung der gemeinsamen Sache beizutragen haben, beinahe keine Früchte beziehen, die Beklagten dagegen, die fast nichts beizutragen haben „fast alle Früchte". Man müsse es daher dem Belieben des Antheilhabers überlassen, ob er an den ihm durch das Loos bestimmten Tagen trotten, oder durch einen Dritten trotten lassen oder die Trotte leer stehen lassen wolle. Je mehr die Trotte gebraucht werde, desto mehr werde sie abgenutzt und reparaturbedürftig. Auch Ersparung von Reparaturkosten gehöre zu den Früchten der Sache und diese Ersparung können Kläger nach Verhältniß ihrer Antheile verlangen.

Die Beschwerde wurde abgewiesen:

Gründe:

Der angebliche Widerspruch mit § 110 des privatrechtlichen Gesetzbuches ist nicht vorhanden, weil nach dem klaren Wortlaute desselben unter Früchten ein Ertrag (natürliche oder civile Früchte) der gemeinsamen Sache, nicht Gebrauch ohne Fruchterzeugung oder Ersparniß an Unterhaltungskosten zu verstehen ist. Offenbar verstehen die Beschwerdesteller die angefochtene Bestimmung des Urteils nicht. Ihr Sinn ist nicht der, daß, wenn ein Miteigenthümer an dem ihm zustehenden Tage von seinem Recht keinen Gebrauch macht, der Nachgehende an seine Stelle rücken und hierauf der Dritte

folgen soll, sondern der, daß es bei der festgesetzten Reihenfolge bleibt und der Nachfolgende den Vorteil hat, nicht nur sein Recht, an dem ihm zukommenden Tage zu üben, sondern auch den ihm Vorhergehenden an dem diesem zukommenden Tage zu vertreten, wenn derselbe an diesem Tage auf sein Recht verzichtet und diese Bestimmung steht im Einklang mit dem Gesetze, wonach der Miteigenthümer die im Miteigenthum befindliche Sache insowert frei benutzen kann als dadurch die Mitbenutzung der übrigen Miteigenthümer nicht beeinträchtigt wird.

Die Rechtskraft der Grundprotokolle.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 9. Juli 1889.

Der Kupferschmid Jean Mahler in Zürich und ein Eduard Riklin verkauften im Frühjahr 1887 von ihrer Katasternummer 547 an der Florastrasse in Riesbach an einen Wunderli:

a. das darauf befindliche Wohnhaus nebst dem Land hinter diesem Wohnhaus, wozu kommen:

b. auf der südlichen Seite in gerader Richtung der Hausflucht 4 Meter als Einfahrt.

In der Notariatskanzlei wollte man die verkaufte Grundfläche einfach als Grund und Boden, auf dem das ebenfalls verkaufte Wohnhaus stehe, nebst Hofraum und Garten bezeichnen und statt örtlicher Grenzen (4 Meter in gerader Richtung der Hausflucht) den Quadratmeterinhalt angeben. Die Kontrahenten beauftragten deßhalb einen Ingenieur mit der Aufnahme eines geometrisch genauen Situationsplanes und der Vermeßung des verkauften Grund und Bodens. Dieser nahm einen Plan auf, in welchem die südliche Grenzlinie genau nach dem Kaufvertrag 4 Meter von der Hausflucht absteht und es haben die Kontrahenten auf diesem Plane selbst unterschriftlich erklärt, daß derselbe „als Grundlage zu der notarialischen Fertigung gelten solle". Bei der Feststellung des Ausmaßes schlich sich nun aber ein Irrthum ein. Dasselbe wurde auf 553 m² angegeben, während der wirkliche Flächeninhalt bloß 547 m² beträgt. Die Fertigung vom 16. Juli 1887 lautet, es sei verkauft worden: 1. Das Wohnhaus No. 316, — und 2. Ein Stück Land, laut Plan des Herrn Geometer X. 5 Aren 53 m², bestehend in der Grundfläche obigen Hauses, Hofraum und Garten.

Von Wunderli ging die gleiche Liegenschaft auf Karl Ott und einen Hanger über. Der Wortlaut der Fertigung ist der nämliche. Diese beiden setzten auf die südliche Grenze gegen die ursprünglichen Verkäufer Mahler und Ricklin hin, welche Grenznachbarn geblieben sind, einen Lattenzaun, aber so, daß sie genau ihre 553 m² hatten, währenddem ihnen ohne den Fehler bei der seinerzeitigen Vermeßung nur 547 m² gehörten. Mahler und Riklin verlangten dann die Rückversetzung des Zaunes auf die Linie in dem erwähnten Situationsplane, dem die Fertigung ruft und bei deren Berücksichtigung als Grenze sich nur ein Ausmaß von 547 m² ergibt.

Die Klage wurde gutgeheissen.

Gründe:

1. Da der Lattenzaun der Grenze entspricht, wie sich dieselbe aus dem Grundprotokoll ergibt, so kann von einer Gutheißung der auf Rückversetzung desselben gerichteten Klage nur dann die Rede sein, wenn der Inhalt des Grundprotokolls angefochten werden kann und somit ein Anspruch auf Berichtigung desselben begründet ist. Nun stellen die Beklagten den Satz auf, daß ein derartiger Anspruch, weil er sich auf den Kaufvertrag zwischen den Klägern und ihrem unmittelbaren Rechtsnachfolger Wunderli stützen müsse, nur dem letztern gegenüber hätte geltend gemacht werden können, dagegen ihnen gegenüber, die sie ihren Erwerb aus dem Kaufvertrag mit Wunderli ableiten, welcher Vertrag auf genau 553 m² laute, höchstens dann möglich wäre, wenn sie den früher passirten Irrthum gekannt und sich also im bösen Glauben befunden hätten, wovon keine Rede sei. Allein dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Denn eine Eigenthumszufertigung, welche bezüglich ihrer

Causa an verborgenen materiellen Mängeln leidet, garantirt den ihrem Wortlaut entsprechenden dinglichen Erfolg, den Eigenthumserwerb nicht, sondern verhilft nur zum Ersitzungsbesitze, der seinerseits, um sich ins volle Eigenthum zu verwandeln, nicht nur der im Gesetze geforderten Dauer, sondern einer neuen Fertigung bedarf. Und dritte Personen können bezüglich der Rechte, die sie aus einer vollzogenen Eigenthumszufertigung ableiten, nicht anders gestellt sein als die Kontrahenten selbst; die innerlich mangelhafte Fertigung bleibt mangelhaft auch dem Dritten gegenüber und es kann dieser selbst durch eine an sich gültige Fertigung vom ersten Erwerber nicht mehr Rechte ableiten als dieser selbst hatte (vergleiche Abhandlung: die Rechtskraft der Grundprotokolleinträge, Zeitschrift für schw. Recht XVII S. 115 u. f., H. E. VIII S. 202).

2. Von Ersitzung seitens der Beklagten kann keine Rede sein, weil es schon an der erforderlichen Zeitdauer fehlt. Die Kläger haben an Wunderli nur 547 m² Land verkauft, denn sowohl bei Berücksichtigung der im Kaufvertrag angegebenen Grenze (4 Meter in gerader Richtung der Hausflucht) als der Grenze wie sie der Plan zeigt, auf den die Fertigung verweist, ergibt sich nur dieses Ausmaß. Und wenn nun im Notariatsprotokoll gleichwohl 553 m² aufgeführt sind, so ist bezüglich der differirenden 6 m² dennoch ein Eigenthumsübergang nicht eingetreten, weil die Zufertigung dieser 6 m² vertraglich nicht gewollt war, nicht auf einem, deren Eigenthumsübertragung bezweckenden Rechtsgeschäft, sondern auf einem Versehen beim Ausmaß des wirklich verkauften Landes beruht. Ist nun aber hienach Wunderli nicht Eigenthümer der 6 m² geworden, so konnte er Eigenthum an denselben auch auf die Beklagten nicht übertragen und ist somit auch ihnen gegenüber der Anspruch auf Berichtigung des Notariatsprotokolls und das damit zusammenhängende Begehren, daß sie den Lattenzaun auf die berichtigte Grenze zurückversetzen, begründet.



Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. November 1889. VIII. Band. № 21.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die „Amerikanische Schweizer-Zeitung", 18 Ann Str., New-York.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Schweizerisches Bundesgericht.

27. September 1889.

Schuhmacher gegen Nordostbahn.

Haftpflicht aus Eisenbahnbetrieb.

Einrede des Selbstverschuldens. Replik, daß eventuell ein Mitverschulden der Unternehmung vorliege, welches wenigstens zur Annahme einer reduzirten Haftpflicht führen müsse.

Der Kläger war als Wagenwärter auf der Station Rothkreuz angestellt. In dieser Stellung lag ihm unter Anderm ob, beim Einfahren von Bahnzügen in der Richtung von Zürich nach Luzern nachzusehen, welche Wagen nach ihrer äußern Bezeichnung nicht in jener Richtung zu fahren haben, sondern abgehängt werden müssen. Bei dieser Beschäftigung wurde er am 7. Oktober 1887 von einer Rangirmaschine erfaßt und überfahren. Gestützt auf Art. 2 des Haftpflichtgesetzes vom 1. Juli 1875 verlangte er darauf von der Nordostbahn als Ersatz für die in Folge dieses Unfalles angeblich eingetretene Schmälerung seiner Erwerbsfähigkeit eine jährliche Rente von 300 Fr. oder eine Aversalentschädigung von 4500 Fr. Die Beklagte stellte seiner Klage grundsätzlich die Einrede des Selbstverschuldens gegenüber und die kantonalen Instanzen erklärten dieselbe für begründet und wiesen demnach die Klage ab (siehe das zweitinstanzliche Urtheil in No. 14 dieser Blätter vom laufenden Jahrgang Seite 218 u. f.). Schuhmacher erklärte den Weiterzug ans Bundesgericht und meldete dabei in der Rekurserklärung den Antrag auf Verwerfung der Einrede des Selbstverschuldens, eventuell Theilung des Schadens und demgemäß Gutheißung der Klage in vollem resp. reduzirtem Umfange an. Bei der mündlichen Verhandlung erschienen weder er noch ein Vertreter desselben, die Beklagte aber trug auf Verwerfung der Beschwerde an *und das Bundesgericht entschied denn auch wirklich in diesem Sinne.* Das Urtheil der zürcherischen Appellationskammer wurde in allen Theilen bestätigt.

Gründe:

Auf Grund des von der Vorinstanz festgestellten Thatbestandes ist der vorinstanzlichen Entscheidung, welche die Einrede des Selbstverschuldens für begründet erklärt und demnach die Klage abgewiesen hat, ohne Weiters beizutreten. Denn nach dem Thatbestande der Vorinstanz steht fest: Zur Vor-

nahme seiner Beobachtungen hatte der Kläger seine Aufstellung auf dem Raum zwischen dem ersten und zweiten Geleise zu nehmen; beim Einfahren des auf dem ersten Geleise sich bewegenden Zürcherzuges No. 40 befand er sich auch wirklich dort und ging dem Zuge, zunächst den Zwischenraum benutzend, entgegen. Dieser Zwischenraum bietet Raum genug dar, um von demselben aus in gesicherter Stellung die erforderliche Beobachtung an den Wagen des einfahrenden Zürcher Zuges zu machen; der Zwischenraum war im Fernern zur Zeit frei und nicht etwa durch Gepäckwagen u. dergl. belegt, nichtsdestoweniger näherte sich der Kläger auf seinem Gange immer mehr dem zweiten Geleise und trat schließlich nahe vor einer auf diesem Geleise in seinem Rücken langsam heranfahrenden Rangirmaschine in dasselbe herein, sodaß er von der Maschine erfaßt und zu Boden geworfen wurde. Der Kläger hat allerdings im Prozesse eine gegentheilige Darstellung des Unfalles gegeben, indem er behauptete, er habe von einem entfernten Geleise herkommend, in rascher Gangart das zweite Geleise überschreiten wollen, um sich eilig auf seinen Posten zu verfügen und bei diesem Versuche sei er von der Maschine erfaßt worden. Allein der oben dargestellte Hergang des Unfalls ist von der Vorinstanz in für das Bundesgericht verbindlicher Weise thatsächlich festgestellt. Ebenso ist (gegenüber der gegentheiligen Behauptung des Klägers) thatsächlich festgestellt, daß der Zug No. 40 am Tage des Unfalls ohne Verspätung zur fahrplanmäßigen Zeit eintraf. Die Rangirmaschine, durch welche der Kläger überfahren wurde, fuhr, wie alltäglich, zu dem Zwecke heran, um die vom Zuge No. 40 abzukoppelnden Wagen wegzuführen, wozu sie zunächst bis zu der den Uebergang vom zweiten auf das erste Geleise vermittelnden Weiche 22 vorzufahren hatte. Dieses Manöver wurde nicht alle Tage genau zur gleichen Zeit ausgeführt; häufig stand die Maschine beim Einfahren des Zürcher Zuges No. 40 schon bei Weiche 22, hie und da aber, wenn das Rangiren eines Bahnzuges auf einem nebenanliegenden dritten Geleise mehr Zeit in Anspruch nahm, traf die Maschine, wie die Vorinstanz feststellt, auch erst später bei der Weiche 22 ein. Aus diesen Thatsachen ergibt sich, daß der Kläger das zweite Geleise betreten hat ohne dienstlich hiezu genöthigt zu sein und ohne daß er mit Sicherheit hätte annehmen dürfen, das Geleise sei frei. Wenn er unter diesen Umständen das Fahrgeleise betrat, ohne sich (was leicht ausführbar gewesen wäre) vorher zu vergewissern, ob dasselbe frei sei, so kann dieß nur auf eine ihm zum Verschulden anzurechnende auffallende Unachtsamkeit und Zerstreutheit zurückgeführt werden; denn es darf doch auch den Eisenbahnangestellten zugemuthet werden, daß sie Fahrgeleise nur unter Beobachtung der nöthigen, nach den Umständen möglichen Vorsicht betreten, wie denn übrigens den Angestellten der Beklagten reglementarisch zur Pflicht gemacht ist, das Geleise nur dann zu betreten, wenn dienstliche Verrichtungen dieß nöthig machen. Irgend welche außerordentlichen Umstände, welche die unvorsichtige Handlungsweise des Klägers entschuldigen könnten, wie außergewöhnliche dienstliche Eile u. dgl. sind nicht festgestellt. Insbesondere ist auch nicht etwa festgestellt, daß der Kläger im letzten Moment unter dem Antriebe eines plötzlichen Schreckens eine unzweckmäßige Bewegung gemacht hätte und dadurch in das Bahngeleise gerathen wäre. Allerdings hat der Weichenwärter Meier dem Kläger, als er ihn sich dem zweiten Geleise nähern sah, mehrmals: „Obacht" zugerufen, allein der Kläger hat anscheinend diesen Warnruf gar nicht beachtet.

Ein Mitverschulden der Bahngesellschaft liegt ebenfalls nicht vor. Es ist zwar richtig, daß von der Bedienungsmannschaft der Rangirmaschine ein Warnungssignal nicht gegeben wurde. Allein die Vorinstanz stellt nun fest, daß der Kläger erst zu einer Zeit in das Geleise übertrat, wo die Bedienungsmannschaft (die übrigens ihre Aufmerksamkeit auch auf andere Punkte zu richten hatte) ihn nicht mehr sehen konnte. Von einem, im causalen Zusammenhange mit dem Unfalle stehenden Verschulden der Mannschaft der Rangirmaschine kann also nicht die Rede sein. Ebensowenig ist die weitere Behauptung

des Klägers begründet, daß das Rangirmanöver, bei dessen Ausführung der Unfall sich ereignete, in reglementswidriger Weise zu spät ausgeführt worden sei. Denn der vom Kläger hiefür angerufene Art. 18 des Reglements für den Rangirdienst vom 13. November 1884 bestimmt, wie die Vorinstanz mit Recht ausführt, lediglich, daß auf dem Geleise, auf welchem ein Bahnzug an- oder abfahren solle, 5 Minuten vor der fahrplanmäßigen Ankunfs- oder Abfahrtszeit nicht mehr rangirt werden dürfe, nicht aber, daß zu dieser Zeit auch auf den andern Geleisen einer Station keine Rangirmanöver ausgeführt werden dürfen.

Cession

einer grundversicherten Forderung (speziell eines sogenannten Einzinsereibriefes, in welchem sich der Anhang findet, daß die Pfänder überdieß in ältern Briefen neben andern Stucken und Gütern verschrieben seien).

Die Nachwährschaftspflicht des Cedenten hinsichtlich Bestand und Inhalt des Pfandrechtes etc. Umfang derselben.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 5. Oktober 1889.

Hypothekarbank Winterthur ca. Bodmer.

Der Mechaniker Gottfried Bodmer in Neftenbach besaß einen sogenannten Einzinsereibrief im Betrage von 500 fl. z. W. d. d. Maitag 1798, ursprünglich lautend auf Johannes Schoch, Caspers sel. Sohn auf dem Hörnli im Hof-Fischenthal und zu Gunsten des Rudolf Nägeli in Fluntern. Als Unterpfande sind im Briefe genannt:

„Die obere Behausung sammt der halben Scheur und dem neuerbauten Schopf hinten daran."

„Eine Wiesen, ohngefähr zu einer Kuh winterig nebst einer halben Juchart Acker dabei und eine Weid, ohngefähr zu einer Kuh sömmerig, bei einanderliegend."

„Ohngefähr dritthalben Vierling Holz im Tobel."

„Ohngefähr dritthalb Juchart Holz unten am Haus."

Der übrige Tennor des Briefes lautet:

„Darab geht jährlich
Sechs Schilling und sechs Heller, Hauptgeld der Pfrund Fischenthal
Und darauf steht vor an Capital
140 fl. Stadtlieutenant Hottingers selg. Frau
380 fl. Landrichter Joh. Kölla zu Stäfa in einen 2000 fl. haltenden Brief.

„Sonst für ledig und eigen bis an Zehnden; *dann dass solche weiter um 500 fl. Weibel Rüegg zu Bauma und in ältern Briefen neben andern Stucken und Gütern verschrieben.*"

Gottfried Bodmer hatte diesen Brief im Mai 1886 durch Erbrecht erworben. Er stund mit der Hypothekarbank Winterthur im Contocorrentverkehr. Um eine Schuld aus diesem Verkehr abzutragen, offerirte er derselben den genannten Brief und nachdem der Notar in Wald der Bank den Erwerb emfohlen hatte, erfolgte die Cession *am 1. Dezember 1887.* Damals schuldeten den Titel:

mit 764 Fr. 75 Heinrich Senn im Hörnli-Fischenthal, *Trager*,
„ 226 „ 91 Jacob Senn im Hörnli-Fischenthal,
„ 175 „ — Franz Märkli im Hörnli-Fischenthal.

Die Cessionsurkunde lautet:

„Ich cedire hiemit an die Hypothekarbank Winterthur 1166 Fr. 67 laut Schuldbrief d. d. Maitag 1798 auf Heinrich Senn im Tanzplatz, Hörnli-Fischenthal, und Mithafte, ursprünglich Johs. Schoch in dort, Valeur 1. Mai 1885, *ohne Garantie für die Einbringlichkeit der Forderung* und erkläre den Empfang des Gegenwerthes von:

1166 Fr. 66 Capital;
105 „ — 2 Zinse per 1. Mai 1886 und 1887 à $4^1/_2$ %;
30 „ 49 Marchzins per 210 Tage à $4^1/_2$ % 1. Mai bis 1. Dezember 1887;

1302 Fr. 15.

Im Mai 1888 gerieth der Trager Heinrich Senn in Konkurs. Am 1. Juni 1888 meldete die Hypothekarbank im Konkurse an:

764 Fr. 75 Capitalrate;
174 „ 90 3 Zinse per Mai 1886, 1887 und 1888 nebst Zins und Kosten;

939 Fr. 65.

Betreffend Forderung und Pfandrecht berief sie sich auf den Inhalt des Grundprotolls.

Der Notar zeichnete *sämmtliche* Liegenschaften des Konkursiten Senn als Pfänder an und Niemand erhob dagegen während der Bedenkzeit Einsprache.

An grundversicherten Schulden wurden außer der genannten Ansprache der Hypothekarbank angemeldet:

I. Fr. 326. 67 Kapital laut Brief d. Martini 1696 (die im Brief der Hypothekarbank vorgestellten 140 fl.);
„ 25. 08 Zinsen und Kosten.
II. „ 276. 40 Kapitalrate an einen 300 fl. haltenden Brief d. d. Maitag *1682* (im cedirten Brief *nicht* vorgestellt);
„ 25. — Zinsen und Kosten.
III. „ 991. 67 Kapital laut Brief d. d. Maitag 1756 (im cedirten Brief *nicht* vorgestellt);
„ 64. 45 Zinse bis Maitag 1888.
IV. „ 105. — Kapitalrate an einen 600 Fr. 83 Rp. haltenden Brief d. d. Martini 1711 (im cedirten Brief *nicht* vorgestellt);
„ 6. 30 Zinse bis Maitag 1888.
V, „ 1302. 78 Kapitalrate an einen 2000 fl. haltenden Brief d. d. Martini 1785 (die im cedirten Brief vorgestellten 380 fl. oder 886 Frk. 67 plus weiterer 416 Fr. 11);
„ 26. 05 Zinsen bis Maitag 1888.

Nach diesen Anmeldungen hatte der Brief der Hypothekarbank, statt, wie sein Tennor sagt (wenn man nämlich vom Anhang absieht), bloß 1213 Fr. 33 Vorstände, deren im Gesammtbetrage von 3002 Fr. 52 (ohne Zinsen), also 1789 Fr. 19 zu viel.

Die Forderungsanmeldungen wurden von Niemanden bestritten.

Die erste Liegenschaftengant führte nicht zur Zusage, die Hypothekarbank verlangte eine zweite Gant. Diese sollte am 12. Oktober 1888 stattfinden. Erst an diesem Tage verglich der Vertreter der Bank den Titel mit dem Konkursprotokoll und entdeckte die bedeutende Differenz. Er protestirte gegen die Abhaltung der Gant bis die Verhältnisse untersucht seien und seinem Protest wurde Folge gegeben. Der Notar untersuchte dann die einzelnen Anmeldungen in der Weise, daß er auf die Ureinträge der betreffenden Briefe zurückging und dann deren Schicksal bis auf die Neuzeit verfolgte. Er kam zu dem Schlusse, daß nichts zu machen sei, der Vertreter der Bank überzeugte sich ebenfalls davon und es zog die letztere deßhalb ihre Protestation zurück, worauf die Unterpfände versteigert wurden. Das Resultat war nach der Behauptung der Hypothekarbank das, daß sie an ihre Einzinserrate 439 Fr. 65 verlor. Schon am 3. November 1888 hatte sie ihrem Cedenten Bodmer mitgetheilt, daß ihr ein Verlust drohe und von der Verantwortlichkeit desselben aus dem Gesichtspunkte der Nachwährschaft gesprochen, dieser bestritt aber jede Verantwortlichkeit, die weitere Correspondenz führte zu keiner Einigung und schließlich leitete die Hypothekarbank gegen Bodmer Klage ein über die Streitfrage, ob er nicht verpflichtet sei, den abgetretenen Brief wieder zurückzuerwerben und den empfangenen Gegenwerth von 1302 Fr. 15 Rp. (Kapital und Zins) zurückzuzahlen, sowie der Klägerin alle aus der Geltendmachung der Einzinserrate gegen den Trager Senn erwachsenen Kosten zu vergüten.

Der klägerische Vertreter machte geltend, daß der Cession ein Kauf zu Grunde liege und die Klage auf Aufhebung dieses Rechtsgeschäftes und Rückgängigmachung seiner Wirkungen gerichtet sei. Er nannte dieselbe Wandelungsklage und sprach eventuell von einem Minderungsanspruch. Als Titel für das Klagebegehren wurde die Nachwährschaftspflicht des Verkäufers bezw. des Cedenten einer Forderung genannt. Der klägerische Vertreter sprach von rechtlichen und von thatsächlichen Mängeln des erworbenen Schuldbriefes, für welche der Beklagte als Verkäufer und Cedent aufzukommen habe. Zu den *rechtlichen* Mängeln zählte er:

1. daß auf den im Briefe genannten Pfändern in Wirklichkeit mehr Vorstände haften, als der Brief angebe und somit das Pfandrecht nicht den Rang besitze, den ihm der Tennor des Briefes zuweise, — und
2. daß die im Briefe als Unterpfand genannte Behausung nicht brandversichert sei.

Als *thatsächliche* Mängel wurden bezeichnet:

1. daß die im Briefe genannten Gebäulichkeiten gar nicht mehr exestiren, indem sie schon geraume Zeit vor der Cession auf dem Baugrunde zusammengestürzt und die Ueberreste daselbst verfault seien. Der Käufer habe dieselben entfernt, damit er habe Gras pflanzen können, — und
2. daß auch die beiden Miteinzinser des Briefes insolvent seien und die für ihre Raten haftenden Unterpfande keine genügende Deckung gewähren.

Die Klage wurde von beiden Instanzen abgewiesen.

Gründe:

1. Der Klaganspruch wird aus der Gewährleistungspflicht des Beklagten als Cedent einer grundversicherten Forderung abgeleitet und es empfiehlt sich deßhalb zunächst die Prüfung der Frage, ob diese Gewährleistungspflicht in den von der Klägerin berührten Richtungen überhaupt Platz greife oder nicht, denn verneinendenfalls muß die Klage natürlich abgewiesen werden und ist es nicht nöthig, auf weitere Differenzpunkte einzutreten.

2. Die Klägerin macht geltend, es habe der Beklagte für den rechtlichen Bestand des Grundpfandrechtes *laut Inhalt des ihr cedirten Einzinsereibriefes* im Momente der Cession Gewähr zu leisten und dieser Satz ist grundsätzlich durchaus richtig. Der Cedent einer Forderung haftet nicht nur für den Bestand dieser zur Zeit der Abtretung, sondern auch für den Bestand der damit verbundenen und ipso mit ihr übergehenden Vorzugs- und Nebenrechte. Dieß folgt schon aus der accessorischen Natur dieser Rechte, denn so gut dieselben mit Rücksicht auf diese Natur bezüglich *des Ueberganges* auf einen Andern ohne Weiteres dem Schicksal der Forderung als dem Hauptrechte folgen, so gut folgen sie diesem Schicksal auch bezüglich der Gewährleistungspflicht des Abtreters. Ganz besonders aber ist dieß bei der Abtretung einer *grundversicherten* Forderung mittelst Uebergabe eines Schuld- und *Pfandbriefes* der Fall, denn hier wird nicht nur die Forderung, sondern auch das Pfandrecht *ganz ausdrücklich* abgetreten und damit erklärt, daß das letztere gerade so gut wie die erstere zu Recht bestehe und daß die Garantie dafür gerade so gut übernommen werde, wie die Garantie für den Bestand der Forderung selbst. Was nun aber den Umfang dieser Gewährleistungspflicht des Cedenten eines Schuldbriefes anbetrifft, so erstreckt sich dieselbe offenbar nicht blos darauf, daß überhaupt ein Pfandrecht an den im Schuldbrief genannten Grundstücken bestehe, sondern im Speziellen auch darauf, daß gerade das Pfandrecht, welwelches der Brief documentirt, rechtlich existent ist. Wo das Rechtsverhältniß, welches bei einer Mehrheit von Pfandrechten an demselben Gegenstand stattfindet, in der Weise geordnet ist, daß das jüngere dem ältern Pfandrecht vorgeht, bildet der Rang des Pfandrechtes eine *rechtliche* Eigenschaft desselben. Ein Pfandrecht ersten Ranges ist ein rechtlich besonders gestaltetes Pfandrecht, weil ausgerüstet mit der rechtlichen Wirkung, daß die Pfandobjekte zunächst zur Befriedigung der mit diesem Pfandrecht gedeckten Forderung dienen und erst ein Ueberschuß an die Inhaber der nachgehend versicherten Forderungen fällt. Die Frage nach dem Rang eines Pfandrechfes ist eine Frage nach der Existenz, zwar nicht des Pfandrechtes an sich, wohl aber des Pfandrechtes mit einem bestimmten rechtlichen Inhalt.

3. Daraus folgt, daß die Behauptung der Klägerin, es habe das Pfandrecht *in dem Range,* den ihm der abgetretene Pfandbrief zuweist, zur Zeit der Abtretung gar nicht bestanden, sondern nur ein Pfandrecht mit einem viel spätern Range allerdings erheblich ist, indem der Beklagte in der That dafür einzustehen hätte. Allein die Behauptung selbst ist nun eben nach der Aktenlage nicht richtig. Denn wenn auch der Pfandbriefforderung *ziffermässig* nur 2 Kapitalposten vorgestellt sind,

so sind ihr doch im Allgemeinen noch eine unbestimmte Zahl anderer Posten vorgestellt. Diese Vorstellung muß gefunden werden in dem Anhang des Briefes: „dann daß solche in ältern Briefen neben andern Stücken und Gütern verschrieben". Es ist damit des Deutlichsten gesagt, daß bei der Errichtung des Briefes allerdings nur 2 Vorstände bekannt gewesen seien, die angegebenen, daß aber die Möglichkeit der Existenz weiterer nicht bekannter Vorstände bestehe. Es wurde also gar nicht ein bestimmter, durchaus sicherer Rang des Pfandrechtes festgestellt, sondern nur ein muthmaßlicher. Der Pfandbrief dokumentirt dem bestellten Pfandrecht den dritten Rang nur unter dem Vorbehalt, daß nicht weitere ältere Verschreibungen der nämlichen Pfandobjekte für andere Schuldposten bestehen und nun muß doch gesagt werden, daß wenn sich wirklich die Existenz solcher weiterer älterer Verschreibungen herausgestellt hat, dadurch der Rang des Pfandrechtes laut Pfandbrief kein anderer geworden ist. Der Rang ist im Briefe unbestimmt gelassen und folglich ist der heute festgestellte darin so gut vorgesehen wie ein anderer. Die cessionsweise Uebergabe eines derartigen Briefes enthält auch ohne Weiters den Hinweis nicht nur auf den Haupttext der Verpfändung, sondern ebensogut auf den Anhang, im Hinweis auf den letztern aber liegt die deutlichste Bezeichnung der Gefahr, welche im Erwerb des Briefes durch den Cessionaren liegt, die Erklärung, daß die Existenz weiterer vorgehender Pfandrechte als der ziffermäßig vorgestellten nicht ausgeschlossen sei und wenn nun der Cessionar das Rechtsgeschäft dennoch abschließt, so übernimmt er eben sicher auch die Gefahr, auf die er hingewiesen worden ist; der Uebergang dieser Gefahr auf ihn darf als vertraglich geordnet angesehen werden. Anders wäre es nur dann, wenn der Beklagte im Zeitpunkte der Cession das Vorhandensein der übrigen Vorstände gekannt hätte; dann würde er aus dem Gesichtspunkte der Arglist haften, allein dafür liegt nichts vor und das allgemeine Beweisanerbieten für sein dießfälliges Wissen genügt nicht, sondern es wäre die Bezeichnung der Thatsachen nothwendig gewesen, aus denen auf ein solches Wissen geschlossen werden könnte. Eine solche Thatsache enthält die Behauptung nicht, daß der Beklagte den Brief einmal gekündigt, der Kündigung aber keine weitere Folge gegeben habe und zwar um so weniger, als nicht gesagt wird, wann und auf welchen Termin die Kündigung stattgefunden habe und ob und welche Executionsschritte der Beklagte gegenüber den Briefschuldnern unternommen habe.

4. Die Klägerin behauptet ferner, das im Pfandbrief genannte Gebäude: „die obere Behausung sammt der halben Scheur und Schopf" sei im Momente der Cession eingestürzt gewesen und darin liege ein thatsächlicher Mangel des abgetretenen Pfandrechtes, für den der Beklagte Gewähr zu leisten habe. Allein auch hierin kann ihr nicht beigepflichtet werden. Denn wenn der Mangel als ein thatsächlicher bezeichnet wird, so ist es nur ein Mangel des Pfandobjektes, der sich darin äußert, daß dasselbe an seiner Deckungsfähigkeit eingebüßt hat und dafür hat der Beklagte nicht einzustehen. Die Klägerin betrachtet offenbar den *Grund und Boden* als das eigentliche Pfandobjekt und das Gebäude nur als einen werthvermehrenden Theil desselben. Deßhalb erblickt sie in dem Einsturz des letztern nicht einen theilweisen Untergang des Pfandrechtes dem Rechte nach, sondern nur eine sachliche Verschlechterung des Pfandobjektes und kommt so zu dem Schlusse, daß nur ein thatsächlicher Mangel der abgetretenen Forderung und nicht ein rechtlicher vorliege. Für solche thatsächliche Mängel des Pfandobjektes hat aber der Beklagte, wie bereits angedeutet, nicht einzustehen, weil er die Gewähr für die Einbringlichkeit der Forderung abgelehnt hat und sich diese Ablehnung nicht bloß auf die Gewähr für die persönliche Zahlungsfähigkeit des Schuldners, sondern auch auf die Gewähr für die Deckungsfähigkeit der Pfandobjekte bezieht. Angesichts der angedeuteten Haltung der Klägerin geht es nicht wohl an, daß der Richter in dem Einsturz des Gebäudes einen theilweisen Untergang des Pfandrechtes dem Rechte nach erblicke und aus einer allfällig daraus resultirenden Gewährspflicht die Consequenzen ziehe. Indessen mag doch gesagt werden,

daß auch diese Auffassung weder zur gänzlichen noch zur theilweisen Gutheißung der Klage führen könnte. Die Klage ist nämlich vor Allem aus auf Aufhebung des der Cession zu Grunde liegenden Rechtsgeschäftes, das man einen Forderungskauf nennt, gerichtet und wenn man nun auch davon ausgehen würde, daß die Klägerin auf Grund rechtlicher Mängel der abgetretenen Rechte die nämlichen Klagen stellen könne wie der Käufer einer körperlichen Sache, so stünde ihr dennoch eine Kaufaufhebungsklage nicht zu. Denn die Annahme eines theilweisen Unterganges des Pfandrechtes wäre doch wohl höchstens auf gleiche Linie zu stellen mit der theilweisen Entwehrung einer körperlichen Sache. Diese aber gibt dem Käufer sowohl nach dem schweizerischen Obligationenrecht als nach dem zürcherischen Privatrecht nur dann ein Recht auf Kaufsaufhebung, wenn gesagt werden kann, daß er den Kauf bei Kenntniß der Sachlage nicht abgeschlossen hätte (Art. 242 des O.-R. und § 1412 des hier noch in Betracht kommenden alten zürcherischen Privatrechtes). Und nun steht für den vorliegenden Fall außer Zweifel, daß die Annahme der Klägerin, das im Pfandbrief aufgeführte Gebäude stehe noch aufrecht, für sie keineswegs bestimmend war, die Forderung zu erwerben, sondern daß sie den Erwerb auch dann vorgenommen hätte, wenn sie den Einsturz des Hauses gekannt hätte. Bestimmend war für sie die Annahme, daß nur zwei kleine Vorstände bestehen und deßhalb die Deckung unter allen Umständen eine volle und genügende sei. Daß das Gebäude alt und baufällig sein müsse, konnte sie schon aus dem Datum des gekauften Pfandbriefes entnehmen. Es stünde vielmehr der Klägerin bei dieser Auffassung der Sache nur ein Schadenersatzanspruch zu, für die Gutheißung eines solchen mangelt es aber an jeder Grundlage. Der Schaden könnte nur in dem Mindererlös auf den Pfanden bestehen, welcher um dessentwillen entstanden ist, daß das Haus eingestürzt war und nun hat die Klägerin diesen Schaden weder beziffert noch zum Beweise verstellt. In Wirklichkeit exestirt derselbe wohl auch nicht. Denn die Gebäudetheile sind ja mit dem Grund und Boden verkauft worden und haben kaum weniger Werth gehabt als das Gebäude unmittelbar vor dem Einsturz selbst. Angenommen, der Einsturz wäre am Tage nach der Cession erfolgt, so könnte ja von einer Gewährspflicht des Beklagten aus dem Gesichtspunkte eines rechtlichen Mangels überhaupt keine Rede sein und für thatsächliche Mängel des Pfandobjektes haftet derselbe überhaupt nicht, weßhalb die Klägerin in diesem Falle ohne Weiters abgewiesen werden müßte. Und nun entspricht es ja gewiß nur den Verhältnissen, wenn auch jetzt bloß deßwegen eine Gewährleistung nicht praktisch wird, weil der Einsturz zufälligerweise etwas früher eintrat. Daß der Beklagte den Einsturz des Gebäudes im Momente der Cession gekannt habe, ist nicht festgestellt und sind keine Thatsachen zum Beweise verstellt worden, aus denen auf diese Kenntniß geschlossen werden könnte.

5. Daß das Gebäude nicht in der Brandversicherung war, hat, nachdem es eingestürzt ist, überhaupt keine Bedeutung. Denn es ist damit festgestellt, daß die Nichtversicherung keinen Schaden nach sich gezogen hat und somit eine allfällige Gewährspflicht gegenstandslos ist. Und wenn endlich behauptet wird, die Einzinser seien insolvent und die für die Einzinserraten haftenden Pfande nicht deckungsfähig, so sind das Mängel, welche der Einbringlichkeit der Forderung anhaften und für die der Beklagte, da er die Gewähr für die letztere ausdrücklich abgelehnt hat, nicht einstehen muß.

6. Nach dem Gesagten ist die Klage in allen Richtungen unbegründet und muß demnach das erstinstanzliche Urtheil bestätigt werden.

Haftpflicht aus Fabrikbetrieb.

Unfall in einer Eisengiesserei. Ein Taglöhner verliert ein Auge. Erfolglose Berufung auf den „Haft-Reductionsgrund" des Zufalls (Art. 5 a des Haftpflichtgesetzes). Umfang der dauernden Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit. Berechnung des Schadens überhaupt.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 1. Oktober 1889.
Peter ca. Gebrüder Sulzer.

Der am 5. Oktober 1849 geborne, seit dem 18. September 1874 als Taglöhner in der Eisengiesserei der Gebrüder Sulzer in Winterthur angestellte Conrad Peter erlitt am 6. April 1888 einen Unfall, den die Fabrikbesitzer in ihrer Schadenanzeige an die Versicherungsgesellschaft wie folgt umschrieben haben: „Beim Durchbrechen der Sandschichte unten im Coupelofenboden mit einer Lanze spritzte ihm von der flüssigen Schlackenmasse in das rechte Auge und verbrannte ihm dasselbe." Am 7. April wurde Peter in den Kantonsspital aufgenommen, er blieb daselbst bis am 1. Mai und musste nachher noch längere Zeit wöchentlich 2—3 Mal in der Klinik erscheinen. Am 22. Januar 1889 nahm er die Arbeit wieder auf und erhielt wie früher den vollen Lohn, den er auch heute noch bezieht. Der Lohn und die Heilungskosten sind ihm auch bis zur Wiederaufnahme der Arbeit bezahlt worden. Am 30. Januar 1889 bezeugte der Augenarzt Professor Dr. Haab in Zürich, in dessen Behandlung Peter gestanden, zu Handen der Versicherungsgesellschaft: „Das rechte Auge ist erblindet, eine Besserung nicht möglich. Es wird sogar wahrscheinlich eine vollständige Entfernung des Auges noch nothwendig werden. Das linke Auge ist gut und wird höchstens dadurch, daß das rechte Auge starke Verwachsungen hat, im Sehen beeinträchtigt."

Mittelst Weisung vom 28. Februar 1889 reichte Peter beim Bezirksgericht Winterthur eine Schadenersatzklage im Betrage von Fr. 6000 gegen die Gebrüder Sulzer ein. Er behauptete, daß nicht nur sein rechtes Auge gänzlich verloren, sondern auch die Sehkraft des linken nicht unerheblich reducirt sei und daß dieser dauernde Krankheitszustand eine Verminderung in seiner Erwerbsfähigkeit in einem Grade zur Folge habe, welcher einen *täglichen* Lohnausfall von 1 Fr. 50 Rp. und somit *jährlich* von 450 Fr. bedinge; um diesen Ausfall zu decken, d. h. um eine jährliche Rente in diesem Betrage zu kaufen, bedürfe es aber eines größern Kapitals als der eingeklagten 6000 Fr. Der Kläger verdiente zur Zeit des Unfalls 30 Rp. per Stunde und somit per 11-stündigem Normalarbeitstag Fr. 3. 30, dazu waren aber während der letzten 2 Jahre seiner Anstellung im Durchschnitt täglich etwas mehr als $1^1/_2$ sogenannter Ueberstunden gekommen, sodaß sich der Tagesverdienst auf rund 3 Fr. 75 Rp. erhöhte und somit der Jahresverdienst (das Jahr à 300 Arbeitstage gerechnet) 1125 Fr. betrug. Das Gericht nahm für die Berechnung des zukünftigen Verdienstes rund 1100 Fr. an, weil sich die Zahl der Ueberstunden auch vermindern könne. Die Beklagten anerkannten ihre Haftpflicht grundsätzlich und machten prinzipiell nur geltend, daß dieselbe gemäß Art. 5 lit. a des Haftpflichtgesetzes billiger Weise reduzirt werden müsse, weil die Verletzung des Klägers aus Zufall eingetreten sei. Mit Rücksicht einerseits hierauf und anderseits gestützt auf die Annahme, daß die Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit des Klägers in Folge der Verletzung keinenfalls mehr als $^1/_4$ betrage, gelangten sie zu dem Schlusse, daß die geforderte Summe um die Hälfte übersetzt sei. Sie anerkannten demnach die Klage unbedingt und vorbehaltslos im Betrage von 3000 Fr., bestritten dagegen die Mehrforderung. Die Zahl der Ueberstunden in den letzten zwei Jahren sei eine außergewöhnliche gewesen und werde in Folge veränderter Arbeitsorganisation die gleiche Höhe nicht mehr erreichen, weßhalb bei Berechnung des Verdienstes vom Normalarbeitstag auszugehen sei und jedenfalls nur ein kleiner Zuschlag gemacht werden dürfe. Die einmalige Kapitalabfindung sei für den Kläger viel günstiger als wenn er den Lohnausfall alle 14 Tage bezogen hätte und müsse weiter berücksichtigt werden, daß Kläger den heutigen Lohn nicht während der

ganzen mutmaßlichen Zeit seines Lebens verdient haben würde.

Das Bezirksgericht ordnete eine nochmalige ärztliche Untersuchung des Klägers an und übertrug dieselbe dem Professor Dr. Haab in Zürich. Der Bericht dieses Experten datirt vom 20. Mai 1889 und konstatirt zunächst neuerdings, daß das rechte Auge in Folge der Narben, welche der Verbrennung desselben gefolgt seien, das Sehen vollständig eingebüßt habe und daß durch weitere Operationen keine Verbesserung herbeigeführt werden könne. Im Weitern sind dem Bericht folgende Feststellungen zu entnehmen:

1) Das linke Auge ist durch den Unfall des rechten in keiner Weise *direkt* geschädigt worden. Die Untersuchung ergibt, daß an diesem Auge keine krankhafte Veränderung von Belang aufgefunden werden kann. Allerdings behauptet Peter, daß er seit dem Unfall an diesem Auge ganz schlecht sehe, allein entweder sagt er die Wahrheit nicht oder dann simulirt er (was des Nähern nachgewiesen wird).

2) Dagegen müsse zugegeben werden, daß das linke Auge durch die Verwachsungen des rechten Auges im Gebrauche bei der Arbeit einigermaßen gestört werde, denn es könne eine etwelche Empfindlichkeit desselben und zeitweise vielleicht auch Schmerzen nicht gänzlich in Abrede gestellt werden. Diese Benachtheiligung des linken Auges durch die Verwachsungen des rechten komme aber durch die Entfernung des letztern völlig in Wegfall und habe er deßhalb dem Peter diese Entfernung proponirt.

3) Nach der Entfernung des verletzten Auges sei Peter in dem Masse in seiner Erwerbsfähigkeit reducirt, als dieß beim Verlust eines Auges überhaupt immer der Fall sei.

Das Bezirksgericht Winterthur hieß die Klage im Betrage von 4500 Fr. gut, wies dieselbe dagegen bezüglich der Mehrforderung ab. Beide Parteien appellirten. Der Kläger beharrte auf seinem Anspruch von 6000 Fr. Er legt ein Zeugniß des Dr. Huber in Winterthur vor, wonach die Ersetzung des rechten Auges durch ein künstliches der localen Veränderungen wegen nicht möglich sei. Die Beklagten bestritten die Beweiskraft dieses Zeugnißes und machten eventuell geltend, daß Kläger die Unmöglichkeit der Einsetzung eines künstlichen Auges durch sein langes Zuwarten selbst verschuldet hätte. Sie blieben dabei, daß Kläger mit 3000 Fr. voll und ganz entschädigt sei. *Die zweite Instanz verwarf die Appellation des Klägers, hiess dagegen diejenige der Beklagten theilweise gut. Sie sprach dem Kläger nur 4000 Fr. (also 500 Fr. weniger als die erste Instanz) zu.*

Gründe:

1) Es handelt sich heute um denjenigen Schaden, welcher dem Kläger durch die unbestrittenermaßen eingetretene dauernde theilweise Reduktion seiner Erwerbsfähigkeit entstanden ist. Die Beklagten glauben deßwegen nicht zum vollen Ersatz dieses Schadens verpflichtet zu sein, weil die Verletzung des Klägers aus Zufall eingetreten sei. Allein es wäre ihnen, die sie auf diesen Reductionsgrund abstellen, obgelegen, die thatsächlichen Verhältnisse, aus denen sich die Zufälligkeit der Verletzung ergeben soll, der Art darzustellen, daß sich der Richter darüber ein Urtheil hätte bilden können, und das ist nicht geschehen. Der Umstand, daß der Kläger ein Verschulden der Beklagten oder einer Person, für die sie verantwortlich sind, nicht festgestellt hat, beweist den Zufall noch nicht, denn da die Haftpflicht gleichwohl besteht, hatte er kein Interesse an einer derartigen Feststellung. Es ist heute nicht einmal aufgeklärt, ob die Manipulation, bei welcher dem Kläger flüssige Schlackenmasse ins Auge spritzte, beim Gießen selbst vorgenommen wurde, in welchem Falle allerdings das Spritzen kaum zu vermeiden gewesen sein würde oder ob es sich um die Entleerung und Reinigung des Ofens handelte, mit der hätte zugewartet werden können bis die flüßige Masse sich abgekühlt hätte oder fest geworden wäre, was der Kläger heute vorbringen läßt. Aber auch wenn die Operation beim Gießen selbst stattgefunden hat und man zugeben muß, daß hier das Spritzen an sich kaum immer zu vermeiden ist, so kommt dann immer noch in Frage, ob nicht hätten Schutzmaßregeln gegen die Verletzung der betheiligten Personen getroffen werden

können wie z. B. die Anordnung, daß dieselben Schutzbrillen tragen müssen, oder die Anbringung irgend einer Vorrichtung an der Lanze, mittelst welcher die Sandschicht im Coupelofenboden durchbrochen wurde. Der Richter darf über diese Punkte um so weniger hinweggehen als in einem ganz ähnlichen Falle es dem Fabrikbesitzer zum Verschulden angerechnet wurde, daß er nicht für den Gebrauch von Schutzbrillen gesorgt hat (siehe H. E. Bd. I Seite 205 und 206 Erwäg. 2). Die Verhältnisse liegen also jedenfalls so, daß gesagt werden muß, es haben die Beklagten nicht gezeigt, daß die Verletzung des Klägers auch bei Anwendung der ihnen, bezw. ihren Angestellten zuzumuthenden Sorgfalt nicht zu vermeiden gewesen wäre, diese Feststellung wäre aber jedenfalls erforderlich, um einen Zufall als Ursache des Unfalls annehmen zu können.

2) Nach dem Gesagten ist dahin zu schliessen, daß die Beklagten in vollem Umfange schadenersatzpflichtig sind. Nicht ganz leicht ist nun aber die Frage, in welchem Umfange die Erwerbsfähigkeit des Klägers dauernd beeinträchtigt sei. Als Factoren, welche die Erwerbsfähigkeit reduciren, kommen in Betracht der gänzliche Verlust des rechten Auges und die etwelche Behinderung im Gebrauche des linken Auges in Folge der Verwachsungen des erstern, indeßen ist der letztere Nachtheil nach dem Gutachten des Gerichtsexperten nicht hoch anzuschlagen, weil derselbe durch Entfernung des rechten Auges beseitigt werden kann. Heute ist dies allerdings unter Vorlegung eines Zeugnißes des Dr. Huber bestritten worden, allein diese Bestreitung ist verspätet, weil sich aus dem Zeugniße nicht ergibt, daß sich die Unmöglichkeit der Entfernung des rechten Auges erst seither herausgestellt habe und die Bestreitung daher, wenn sie überhaupt richtig wäre, schon erstinstanzlich hätte vorgebracht werden können und sollen. Sodann aber darf auch die Unrichtigkeit der Bestreitung ganz ruhig als durch die Gerichtsexpertise erwiesen gelten. Denn der Gerichtsexperte nahm die Möglichkeit der Entfernung des rechten Auges als selbstverständlich an und der Kläger hat mit dem producirten Zeugniß nicht dargethan, daß sich die Verhältniße des rechten Auges seit der Erhebung der Gerichtsexpertise in einer Weise verändert haben, welche einen andern Schluß begründen könnten. Daß der Kläger, weil er ein Auge verloren hat, seinen Beruf als Handlanger in einer Gießerei überhaupt nicht mehr ausüben könne, steht nicht fest und wird auch nicht behauptet. Dagegen wird anzunehmen sein, daß er nicht mehr *alle* bisherigen Arbeiten verrichten kann, namentlich aber sowohl in seinem eigenen als im Interesse des Fabrikherrn von denjenigen Verrichtungen wird entfernt bleiben müssen, welche gefährlich sind, weil dabei gegenseitig zu viel riskirt wird. Aber auch für die an sich ungefährlichen Arbeiten ist der Kläger wohl nicht mehr im ganz gleichen Umfange tauglich wie früher, weil der Verlust eines Auges denn doch ganz naturgemäß eine gewisse Beeinträchtigung in der Freiheit und Sicherheit der körperlichen Bewegungen nach sich zieht. Wo es gilt, rasch bei der Hand zu sein, sicher und mit Vortheil aufzutreten, wird der Kläger nicht verwendet werden können. Der Mangel eines Auges ist nach außen sichtbar und deßen Einfluß auf die Leistungsfähigkeit *im Allgemeinen* von jedem leicht zu beurtheilen, das hat aber zur Folge, daß es für den Kläger schwieriger sein wird, anderwärts Arbeit zu finden und daß ihm jedenfalls ein geringerer Lohn zukommt. Anderseits muß gesagt werden, daß der Verlust eines Auges, was deßen Einfluß auf die Arbeitsfähigkeit eines Menschen betrifft, der Handlangerdienste besorgt und nach seiner socialen Stellung wie nach seinem Bildungsgang auf derartige Arbeiten angewiesen ist, denn doch als ein ziemlich weniger empfindliches Uebel erscheint, als der Verlust eines Armes oder einer Hand oder mehrerer Finger. Es ist nicht ausgeschlossen, daß der Kläger, wie er auch heute noch zum frühern Lohn arbeitet, dieß noch längere Zeit thun kann. Er kann eine andere Verwendung finden als bisher und doch voll beschäftigt werden, kurz die Reduction der Arbeitsfähigkeit tritt nicht so plötzlich und nicht so ausgeprägt in den Vordergrund, macht sich nicht so schnell und nicht auf einmal so intensiv geltend wie bei Verletzungen, welche Arme, Hände, Finger, Beine betreffen, sondern sie

macht sich mehr allmählich geltend und wird deßhalb weniger fühlbar. Nun hat man in einem Falle, wo dem Arbeiter der Daumenfinger der rechten Hand amputirt werden mußte, eine Verminderung der Erwerbsfähigkeit um einen Viertheil angenommen (siehe H. E. Bd. VI. S. 152) und in einem andern, wo der kleine und Mittelfinger der rechten Hand verloren gingen und auch die Gebrauchsfähigkeit der andern Finger noch etwelchermaßen litt, eine zwischen einem Dritttheil und einem Viertheil varirende Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit herausgerechnet (siehe H. E. Bd. VII. S. 314 Erwäg. 4). Daraus in Verbindung mit dem Gesagten dürfte aber folgen, daß es im vorliegenden Falle nicht richtig wäre, weiter zu gehen, d. h. eine größere Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit des Klägers als um circa einen Viertheil anzunehmen und zwar um so weniger als im Falle Weber gegen Blanck (H. E. Bd. I S. 199), deßen thatsächliche Verhältnisse mit denen des gegenwärtigen Falles beinahe völlig identisch sind, vom Kläger selbst keine höhere Verminderung seiner Erwerbsfähigkeit als um ca. $^1/_6$ vorgeschätzt wurde und das Gericht auch dort jedenfalls nicht dazu gekommen wäre, über einen Viertheil zu gehen. Hier ist deßhalb keine Veranlaßung, noch tiefer zu gehen, weil die Beklagten selbst allen ihren Berechnungen ebenfalls die Ouote von $^1/_4$ zu Grunde legen und nur aus andern Gründen nicht dazu gelangen, die dabei sich ergebende volle Summe anzuerkennen. Mit dieser Annahme ist auch die Benachtheiligung geschätzt, welche die Verwachsungen des todten rechten Auges auf die Sehkraft des linken ausüben und zwar selbst für den Fall, als dieselbe eine dauernde bliebe. Kann diese Benachtheiligung durch die Entfernung des rechten Auges gehoben werden, so stellt sich der Kläger noch besser, denn die Kosten, welche dadurch erwachsen, sind offenbar nicht bedeutend. Es sollen demnach mit der Annahme einer Reduction der klägerischen Erwerbsfähigkeit um einen Viertheil alle Nachtheile aus der Verletzung berücksichtigt sein.

5) Es darf als actengemäß betrachtet werden, daß der Kläger ein Jahreseinkommen von rund 1100 Fr. hatte. Die Annahme einer dauernden Reduction seiner Erwerbsfähigkeit um einen Viertheil kommt somit einem jährlichen Lohnausfall von 275 Fr. gleich und es haben ihn daher die Beklagten, da beide Partheien mit einer einmaligen Abfindung statt der Rentenform einverstanden sind, nach der feststehenden Gerichtspraxis mit einer Summe zu entschädigen, welche nothwendig ist, um eine Rente in jenem Betrage zu erwerben. Bei Berechnung dieser Summe ist der Kläger heute selbst vom 40. Altersjahr ausgegangen, obgleich er dieses erst am künftigen 5. Oktober erreicht, wohl deßwegen, weil er bis heute den vollen Arbeitslohn bezogen hat. Nach den Statuten der Rentenanstalt ist bei diesem Alter zum Ankauf einer jährlichen Rente von 275 Fr. eine Kapitaleinlage von 4230 Fr. erforderfich (für 100 Fr. Rente Fr. 1540 und für 275 Fr. $2^3/_4$ mal mehr). Die gefundene Summe darf nun aber mit Rücksicht darauf, daß die einmalige Kapitalabfindung für den Kläger günstiger ist und daß derselbe kaum während der ganzen Dauer seiner muthmaßlichen Lebenszeit sein bisheriges Einkommen zu gewinnen im Stande gewesen wäre, füglich auf die runde Summe von 4000 Fr. reduzirt werden.

6) Trotz der kleinen Reduction der erstinstanzlich gesprochenen Summe rechtfertigt er sich doch, an der Bestimmung festzuhalten, daß alle Kosten der ersten Instanz von den Beklagten zu tragen sind, dem Kläger aber eine Entschädigung nicht gebührt, weil er in der That ohne genügenden Grund gerade das Maximum der Entschädigung eingeklagt hat. Die zweitinstanzlichen Kosten sind den Partheien zu gleichen Theilen aufzulegen.

Haftpflicht aus Fabrikbetrieb.

Verletzung eines Auges. Verminderung seiner Sehkraft um einen Dritttheil. Ist dadurch die Erwerbsfähigkeit des Verletzten beeinträchtigt worden?

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 1. Oktober 1889.
Humbel ca. Gebrüder Sulzer.

Der seit dem 8. Juli 1887 bei Gebrüder Sulzer, Maschinenfabrik und Gießerei in Win-

terthur, als Kesselschmiedgehülfe angestellte Johannes Humbel von Beinwyl, Kt. Aargau, erlitt am 2. Oktober 1888, als er in der Kesselschmiede mit dem Meißeln eines Kesselfeuerrohres beschäftigt war, einen Unfall. Es spritzte ihm ein Eisenspahn in das linke Auge und brachte ihm eine Schnittwunde an demselben bei. Humbel mußte 5 Wochen im Spital bleiben und sich nachher noch während einiger Wochen je am Samstag in der Poliklinik stellen. Am 10. Dezember 1888 nahm er die Arbeit wieder auf und setzte dieselbe seither gegen den vollen frühern Lohn von 28 Rp. per Stunde ununterbrochen fort. Die Fabrikbesitzer vergüteten ihm die Heilungskosten und während der Zeit seiner Krankheit bis zum 10. Dezember 1888 den vollen Taglohn. Humbel war nun aber damit nicht zufrieden. Er machte geltend, daß die Sehkraft seines linken Auges durch die Verletzung dauernd geschwächt worden sei, daß dieser Umstand eine, wenn auch nicht gar bedeutende Reduktion seiner Arbeitsfähigkeit bedinge und ihm dafür eine Entschädigung gebühre, die er auf 300 Fr. ansetzte. Die Gebrüder Sulzer bestritten dieses Vorbringen, offerirten aber *vergleichsweise* 150 Frkn. Allein Humbel wies die Offerte zurück und klagte die geforderten 300 Fr. auf dem Prozeßwege ein. In der Hauptverhandlung ließ er vorbringen: Das linke Auge sehe nicht mehr ganz klar. Der Anblick sei ein verschwommener, wässeriger. Dieß mache sich namentlich bei Arbeiten geltend, bei denen Kläger die Augen anstrengen müsse, das Auge überfließe dann gerne und dadurch werde die Arbeit erschwert; dieser Umstand mache sich aber auch beim *gewöhnlichen* Gebrauch des Auges geltend. Die Bilder der Außenwelt werden nicht mehr so deutlich aufgenommen wie früher. Die aus diesen Verhältnissen folgende Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit betrage mindestens $^1/_{48}$ und entstehe daraus ein jährlicher Lohnausfall von 19 Fr. 70, zu dessen Deckung in der Rentenform es beim Alter des Klägers (42 Jahre) eines Kapitals von 300 Fr. bedürfe.

Professor Dr. Haab in Zürich erstattete auf Anordnung des Gerichtes folgendes Gutachten:

1. Die Sehschärfe des rechten *un*verletzten Auges betrage bloß $^6/_8$, sei also nicht ganz normal, welcher Umstand indessen außer allem Zusammenhang mit der Verletzung des linken Auges stehe.

2. Die Sehschärfe des *linken*, am 2. Oktober 1888 verletzten Auges betrage nur noch $^1/_3$, ein Sehvermögen, welches bloß für gröbere, nicht aber für feinere Arbeit ausreiche. Indessen sei die hienach vorhandene Verminderung des Sehvermögens um $^2/_3$ nicht lediglich auf die Verletzung vom 2. Oktober 1888 zurückzuführen, denn das Auge habe wohl schon vor der Verletzung nicht ganz normale Sehschärfe besessen, was sich daraus ergebe, daß dasselbe angeboren einen etwas unregelmäßigen, von der Norm abweichenden Bau habe, wie das oft vorkomme. Solche Augen haben etwas geringere Sehschärfe. Der Experte vermuthe, daß Humbel schon vor der Verletzung am linken Auge nicht mehr als die Hälfte bis ein Drittheil Sehschärfe gehabt habe. Durch die Verletzung sei das Auge *um ein Geringes* geschädigt worden, indem die Contusion desselben einige leichte Störungen zurückgelassen habe; eine erheblich wesentliche Benachtheiligung der Struktur des Auges lasse sich dagegen nicht konstatiren. *Es würde demnach die Folge der Verletzung bestehen in einer Verminderung der Sehschärfe von schätzungsweise ein Drittheil.*

3. Die Erwerbsfähigkeit des Humbel sei durch die Verletzung etwas vermindert worden und zwar in dem Betrage, der dem Verlust des ein Drittheils Sehschärfe entspreche. Es sei dieß in Anbetracht des weitern Umstandes, daß das rechte Auge eine ganz ordentliche Sehkraft besitze, als eine nicht beträchtliche Verminderung der Erwerbsfähigkeit zu bezeichnen.

Die Klage wurde von beiden Instanzen abgewiesen.

Gründe:

Von einem dem Kläger als Folge der Verletzung vom 2. Oktober 1888 entstandenen Schaden kann nur insoweit gesprochen werden, als die Verletzung eine Beeinträchtigung seiner Erwerbsfähigkdit nach sich gezogen

hat. Der Kläger behauptet nun dieß auch für die Zeit *nach* der eingetretenen Heilung der Verletzung und sein Anspruch bezieht sich nur auf diese Zeit, weil er für die frühere bereits schadlos gehalten worden ist. Nun kann es aber nicht als festgestellt gelten, daß seine Erwerbsfähigkeit auch über die Zeit der Heilung hinaus beinträchtigt worden sei. Der Experte konstatirt allerdings, daß die Sehschärfe des linken Auges in Folge der Verletzung um schätzungsweise einen Dritttheil vermindert worden sei und er knüpft daran auch den Schluß, daß eine Reduktion der Erwerbsfähigkeit des Klägers in dem Betrage eingetreten sei, der dem Verlust des $^1/_3$ Sehschärfe entspricht. Allein dieser Schluß ist ersichtlich nur eine allgemeine, theoretische Deduktion und beweißt als solche für den vorliegenden Fall noch nichts. Sie konstatirt nichts weiter als daß ein Mensch, dessen Sehschärfe an einem Auge um einen Dritttheil reduzirt ist, *im Allgemeinen* als etwas weniger leistungsfähig erscheine als derjenige, der einen solchen Verlust nicht zu beklagen hat. Allein darauf kommt es natürlich nicht an, weil eine etwelche Schmälerung der Leistungsfähigkeit eines Menschen *im Allgemeinen* noch keine Schmälerung seiner Erwerbsfähigkeit beweist. Diese folgt aus jener nur dann, wenn die Reduktion der allgemeinen Leistungsfähigkeit speziell in den Rayon derjenigen Verrichtungen einschlägt, auf welche der Betreffende durch seinen Beruf, seinen Bildungsgang etc. angewiesen ist und welche Verrichtungen somit für ihn überhaupt eine Erwerbsquelle bilden können. Nun ist der Kläger Handlanger und er wäre das, aus seinem Alter und Bildungsgang zu schliessen, offenbar auch ohne die Verletzung gerade so gut geblieben, wie er es jetzt bleibt und es stellt sich somit die Frage dahin, ob er zur Verrichtung derjenigen Arbeiten, die gerade dieser Beruf mit sich bringt, durch die Verletzung untauglicher geworden sei oder nicht, darauf aber kann bei der vorliegenden Aktenlage eine bejahende Antwort nicht gegeben werden. Der Kläger, der für den Schaden beweispflichtig ist, hätte des Nähern angeben sollen, daß und welche der in seinen Beruf einschlägigen Arbeiten er um der festgestellten Verminderung der Sehschärfe seines linken Auges willen gar nicht mehr oder weniger gut ausführen könne und es hätte dann, wenn seine dießfälligen Angaben bestritten worden wären, Sache einer technischen Expertise sein müssen, sich über deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit auszusprechen. Da es nun aber der Kläger unterlassen hat, irgend welche Angaben der erwähnten Art zu machen, so liegt für das Gericht auch keine Veranlaßung zur Erhebung einer solchen Expertise vor und zwar um so weniger, als es seinersetts nicht recht daran glauben kann, daß die Reduktion der Sehschärfe eines Auges um einen Dritttheil beim Berufe eines Handlangers wirklich eine irgendwie wesentliche Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit nach sich ziehe. Es kommt hinzu, daß die Verletzung an sich geheilt ist und keine äußerlich erkennbaren Merkmale ihres frühern Vorhandenseins zurückgelassen hat, die Verminderung der Sehschärfe selbst aber dem Laien nicht wahrnehmbar ist und deßhalb auch nicht davon gesprochen werden kann, daß schon das Aeußere des Klägers sein Fortkommen etwa in der Weise erschwere, daß er um dessentwillen weniger leicht eine andere Anstellung finden könne. Da es hienach am Nachweis eines Schadens als Folge der Verletzung fehlt, so muß die Klage abgewiesen werden.

Strafprozess.

Der Gerichtsstand des Verhaftsortes des Angeschuldigten (§ 753 des Rechtspflegegesetzes).

Der Umstand, dass das Verbrechen außerhalb des Kantons begangen wurde, steht der Begründung dieses Gerichtsstandes nicht nur nicht entgegen, sondern bildet gerade eine Voraussetzung für dieselbe.

Die Haftentlassung gegen Kautionsleistung hebt den Gerichtsstand nicht auf.

Der Gerrichtstand der Konnexität (§ 755 des Rechtspflegegesetzes). Die Einschränkung dieses Gerichtsstandes auf Personen, welche sonst schon der zürcherischen Gerichtsbarkeit unterworfen sind, ist unzuläßig und läßt sich aus

dem Art. 58 der B. V. nicht ableiten. Wenn auch die Gerichte im Strafprozeß fremdes Recht nicht anwenden können, so müssen doch die Fragen der Kompetenz und der Anwendung des materiellen Rechtes auseinandergehalten werden. Der bloße Mangel einer der Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des hießigen Strafrechtes (§ 3 des Strafgesetzbuches) kann niemals zur Incompetenzerklärung, sondern nur zur Freisprechung führen, denn die Untersuchung der Frage, ob das hießige Strafrecht zur Anwendung komme oder nicht, setzt, gerade weil es eine Frage der materiellen Rechtsanwendung ist, die Kompetenz des Richters voraus.

Urtheil des Kassationsgerichtes Zürich, 7. Oktober 1889, in S. *Bloch.*

Vom Statthalteramt Zürich ist gegen verschiedene Personen, worunter Markus und Joseph Bloch von Randegg (Großherzogthum Baden), wohnhaft in Schaffhausen, Anklage wegen Wucher und Unterschlagung erhoben worden. Hier fällt in Betracht folgende gegen die Genannten gerichtete Anklage:

„Die Angeschuldigten (Markus und Joseph Bloch und Andere) haben sich im geschäftlichen Verkehr mit Konrad Hanitzsch aus Merseburg in Preussen, zur Zeit wohnhaft bei Villiger hinterm Schweizerhof No. 9 in Zürich, unter Ausbeutung seiner Nothlage, seines Leichtsinns, seiner Verstandesschwäche und Unerfahrenheit Vermögensvortheile versprechen und gewähren lassen, welche nach den Umständen zu der Leitung in auffälligem Mißverhältniße stehen und sie haben dadurch das Vermögen der Mutter des Hanitzsch, Mathilde Juliane Hanitzsch von Merseburg, Preussen, wohnhaft bei Villiger hinterm Schweizerhof No. 9 in Zürich, in ganz erheblichem Maße beschädigt, beziehungsweise sie um ihr ganzes Vermögen im Betrage von ungefähr Fr. 32000 gebracht, indem (unter Anderm) Markus und Joseph Bloch am 27. August 1887 zwischen der Bank in Luzern und Konrad Hanitzsch den Verkauf der Liegenschaft „zum Rigiblick" oberhalb Weggis um den Kaufpreis von Fr. 30,000, woran 10,000 Fr. bezahlt werden mußten, vermittelten, wobei sie sich von der Bank in Luzern zum Voraus eine Provision von 5000 Fr. versprechen und unter Verheimlichung dieses Umstandes sich von Hanitzsch noch weitere 500 Fr. Provision bezahlen ließen."

Das Bezirksgericht Zürich erklärte sich laut Urtheil vom 13. Juni 1889 incompetent zur Beurtheilung dieser Anklage, weil die Handlung im Kanton Luzern begangen worden sei, Joseph Bloch nicht Angehöriger des Kantons Zürich und gegen Markus Bloch die Auslieferung nicht verlangt und verweigert worden sei (§ 3 lit. c des St. G. B.).

Gegen dieses Urtheil erklärte die Staatsanwaltschaft die Appellation und die Appellationskammer des Obergerichtes hob durch Beschluß vom 15. Juli 1889 das Urtheil der ersten Instanz auf und wies dieselbe an, über die Anklage zu entscheiden. Dieser Entscheid wird im Wesentlichen folgendermaßen begründet:

„Im Kanton Luzern als Ort der Begehung der That scheint die Strafverfolgung nicht erhältlich zu sein, weil dieselbe nach luzernischem Strafrecht nicht unter den Begriff des Wuchers fällt. Die weitere Voraussetzung der Anwendung von § 3 lit b des zürcherischen Strafgesetzbuches, daß der durch das Verbrechen Geschädigte Angehöriger des Kantons Zürich sei, ist ebenfalls vorhanden, da der Geschädigte Hanitzsch zur Zeit der Begehung des eingeklagten Vergehens im Kanton Zürich niedergelassen war. Im Uebrigen sind die zürcherischen Gerichte zur Beurtheilung der Anklage kompetent, weil Markus Bloch in Zürich zur Haft gebracht wurde (§ 753 des Gesetzes betr. die Rechtspflege) und dadurch gemäß § 755 des nämlichen Gesetzes der Gerichtsstand auch für die übrigen Theilnehmer begründet ist."

Gegen diesen Beschluß erhoben Markus und Joseph Bloch Nichtigkeitsbeschwerde, indem sie die Inkompetenz des Gerichtes und Verletzung materieller Gesetzesvorschriften geltend machten (§ 1091 Ziff. 1 und 6 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege).

Die Nichtigkeitsbeschwerde wurde jedoch abgewiesen.

Gründe:

Es ist unbestritten, daß *Markus* Bloch in Zürich verhaftet worden ist. Nach dem klaren Wortlaut des § 753 des Rechtspflegegesetzes ist daher der Gerichtsstand in Zürich begründet. Markus Bloch ist zwar nachträglich gegen Kaution auf freien Fuß gesetzt worden; allein dadurch wurde die Thatsache nicht aufgehoben, daß er in Zürich zur Haft gebracht war und überdieß mußte die Kaution gerade zu dem Zwecke geleistet werden, um die Möglichkeit der Durchführung des Prozeßes und der Vollziehung des Urtheils sicher zu stellen. Die Thatsache, daß die eingeklagte Handlung außerhalb des Kantons begangen wurde, steht dem nicht entgegen; sie ist vielmehr eine der Voraussetzungen dieses Gerichtsstandes. Unter diesen Umständen kann es nicht zweifelhaft sein, daß die angeführte Bestimmung für die Kompetenz der zürcherischen Untersuchungsbehörden und Gerichte auch gegenüber dem Ausland zur Anwendung kommt.

2. Gegenüber *Joseph* Bloch egibt sich die Kompetenz der zürcherischen Gerichte aus § 755 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege. Nach dem allgemeinen Wortlaut dieser gesetzlichen Bestimmung kann nicht angenommen werden, daß der Gerichtsstand der Konnexität nur gegen Personen begründet sei, welche sonst schon der zürcherischen Gerichtsbarkeit unterworfen sind. Dieser Auslegung steht auch der Art. 58 der Bundesverfassung nicht entgegen; denn wie auch das Bundesgericht schon wiederholt entschieden hat (Entscheidungen des Bundesgerichtes Bd. I Seite 168, 178, 191/92, Bd. VIII Seite 420) hat diese Bestimmung nicht den Sinn, die Kompetenzverhältnisse zwischen den einzelnen Kantonen zu regeln, noch (Entscheidungen Bd. VI Seite 208 und 520 und Bd. VII Seite 214/15) die Gesetzgebung der Kantone in der gesetzlichen Regulirung der Kompetenzen einzuschränken.

3. Auf die Frage der Anwendung von § 3 des Strafgesetzbuches ist nicht einzutreten. Gemäß dem Gesetz betreffend den Wucher ist dieses Gesetz so zu behandeln, wie wenn es einen Theil des Strafgesetzbuches bilden würde, sodaß allerdings bei der Beurtheilung der vorliegenden Anklage in erster Linie auf Grund von § 3 des St. G.-B. zu entscheiden sein wird, ob eine strafbare Handlung vorliege und die Appellationskammer des Obergerichtes hat sich bereits in bejahendem Sinn ausgesprochen. Allein dieß ist für die Beurtheilung der Kompetenzfrage ohne Bedeutung. Es ist gedenkbar, daß in einem Strafprozesse wegen eines außerhalb des Kantons gegen einen Kantonsangehörigen verübten Verbrechens die Frage bestritten und zu entscheiden ist, ob wegen der eingeklagten Handlung schon eine gerichtliche Beurtheilung in dem auswärtigen Staate stattgefunden habe und es ist klar, daß diese Frage eben im Prozesse entschieden werden muß; und wenn sie bejaht wird, muß dieß durch Freisprechung, nicht durch Inkompetenzerklärung geschehen. Wenn auch im Strafprozesse die Gerichte fremdes Recht nicht anwenden können, so müssen doch die Fragen der Kompetenz und der Anwendung des materiellen Rechtes auseinander gehalten werden.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

1. Dezember 1889. VIII. Band. № 22.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter" erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich-Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die „Amerikanische Schweizer-Zeitung", 18 Ann Str., New-York.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Handelsgericht Zürich.

4. Oktober 1889.

Stricker und Reusch, Müller in Grabs (St. Gallen), Kläger,

gegen

Karl Oeler in Zürich, Beklagten.

Kauf.

Schadenersatzklage der Käufer aus dem Titel schuldhafter Nichterfüllung des Kaufvertrages durch den angeblichen Verkäufer. (Art. 110 des O.-R.)

Einrede des Beklagten, daß er nur als Stellvertreter eines Dritten kontrahirt habe und daß folglich auch nur dieser eigentlicher Vertragskontrahent sei und als solcher auf Erfüllung oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung belangt werden könne.

Replik, daß der Beklagte eventuell aus dem Art. 48 des O.-R. für den eingeklagten Schaden aufzukommen habe, weil er ohne Vollmacht des angeblich Vertretenen gehandelt habe. Die Handlungsvollmacht des Getreideagenten und ihre Consequenzen (Art. 426 des O.-R.).

Der Beklagte war früher Inhaber der Firma Rüegg & Oeler in Zürich. Diese löste sich laut Circular vom 30. Juni 1883 am nämlichen Tage auf und schon am 1. Juli 1883 versandte der Beklagte ein Circular mit der Anzeige: „daß ich mit heute auf hiesigem Platze ein Getreidekommissionsgeschäft unter der Firma Carl Oeler weiterführen werde." Am 5. Juli 1883 erfolgte die Eintragung ins Handelsregister, hier ist aber als Natur des Geschäftes einfach „Getreidehandel" angegeben. Es liegen Facturen und Begleitschreiben zu solchen vor vom 6. und 18. Mai, 27. September, 13. November 1884, 7. Jenner, 3., 7. und 17. Februar, 25. August, 26. November, 31. Dezember 1886, 15. und 20. Jenner und 26. April 1887, wonach Oeler Getreideverkäufe auf *eigenen* Namen und zwar auch mit den Klägern abgeschlossen und folglich auch den Kaufpreis einkassirt hat. Im August 1887 suchte er die Vertretung des Berthold Herzmann in Budapest zu erhalten. Dieser schrieb ihm am 29. August 1887: „Ich wäre nicht abgeneigt, durch Sie ein Geschäft zu machen, doch müßte ich erst wissen, mit welchen Firmen Sie mich eigentlich in Verbindung bringen wollen, da ich nur mit zweifellos feinsten Firmen in Verbindung kommen und den Kunden, die ich bereits in der Ostschweiz habe, um keinen Preis Konkurrenz machen will. Haben Sie

also einige Mühlen, welche in der Mittelschweiz gelegen sind und sonst vorzugsweise von Ihnen gekauft haben, so will ich mich gerne Ihrer Vermittlung bedienen und glaube, daß wir ganz gut wöchentlich 10/15 Waggons arbeiten können." Am 3. September 1887 schrieb Herzmann ferner: „Es ist nicht meine Absicht, mit der ganzen Schweiz zu arbeiten. Sie haben gewiß ein Paar dortige Mühlen, die vorzugsweise nur mit Ihnen arbeiten oder Ihnen bei gleichem Preise den Vorzug einräumen. Wenn dieß der Fall ist, so nennen Sie mir dieselben und ich werde mich über sie erkundigen und Ihnen sodann mit festen Offerten näher kommen. Wenn es nur 5 verschiedene Leute sind, von denen nur jeder 2 Waggons per Woche kauft, so können wir schon wöchentlich 10 Waggons placiren." Am 9. September erklärte Herzmann, er werde sich über die ihm aufgegebenen Firmen erkundigen und meint im Anschluß daran: „Jetzt heißt es noch, daß wir uns über alle Conditionen schön vereinbaren, damit wir dann ans Geschäft schreiten. Ich kann höchstens 15 % Provision bewilligen und nur jene Depeschen vergüten, welche einen Abschluß melden. Sind Sie damit einverstanden, so können Sie auf Grund des Musters 828 am Montag den 12. dies bis 10 Waggon Weizen à 19 Fr. 60, Parität Buchs verkaufen etc." Der Beklagte versuchte ein höheres Provisionsversprechen zu erhalten, Herzmann antwortete aber mit Brief vom 14. September 1887: „Ich bitte, es bei den von mir gestellten Provisionsbedingungen zu belassen" und Oeler scheint sich beruhigt zu haben, denn es ist Thatsache, daß er von jetzt an für Herzmann verkaufte. Nach seiner Behauptung schloß er in der Eigenschaft als Vertreter des Herzmann auch bald mit den Klägern eine Reihe Getreideverkäufe ab. Er legt ein Verzeichniß (Akt 28) vor, wonach er den Klägern für Herzmann verkauft hätte: am 18. Oktober 1887, 30. Dezember 1887, 28. Februar, 19. April, 21. Juni, 29. Juli und 29. November 1888, sowie am 15. April 1889, je 200 oder 400 Doppelzenter Weizen. Alle diese Verkäufe sollen sich auf Oroshaza-Weizen bezogen haben, von Herzmann direkt facturirt und auch direkt an ihn bezahlt worden sein. Persönlich befragt, erklärte der Kläger Reusch: „Er erinnere sich allerdings, daß der Beklagte im Mai 1887 bei einem Kaufsabschlusse einmal erklärt habe, er verkaufe für Herzmann in der Meinung, daß von diesem direkt fakturirt werde. Später sei das indeß, wie er glaube, nicht mehr geschehen. Es sei möglich, daß die im Verzeichniß Akt No. 28 aufgeführten Lieferungen der klägerischen Firma gemacht worden seien und von Herzmann herrühren. Den Oroshazaweizen haben sie immer bei Oeler bestellt und seit 1887 seien die Oroshazalieferungen immer direkt von Herzmann facturirt und auch an ihn bezahlt worden, verkauft aber habe Oeler und ihnen sei es gleichgültig gewesen, woher die Lieferungen kommen.

Am 24. Juni 1889 depeschirte Herzmann in Budapest dem Beklagten die Verkaufslimiten, wonach z. B. Oroshaza-Weizen à 21 Fr. zu verkaufen gewesen wäre. Am 26. Juni telegraphirte er sodann: „Erhöhe 1/4 Franken" und am gleichen Tag von Oroshaza aus: „Annullire Limits. Unterlasset Habprozeß". Eine weitere Depesche ging am 27. Juni an den Beklagten ab, des Inhalts: „Ernteaussichten sehr verschlimmert, erhöhe Limits vom 24. Juni auf 21 Fr. 75."

Am 27. Juni war der Beklagte in Rorschach und verkaufte daselbst, noch bevor er die letzterwähnte Depesche des Herzmann empfangen hatte, dem Kläger Reusch als Vertreter der Firma Stricker und Reusch 400 Doppelzentner Oroshazaweicen à 21 Fr. unter Uebergabe eines Musters, dessen Umhüllung die Notiz enthält, „400 D.-C. Oroshaza 21, Schnittpunkt, 27. VI. 89" und daneben den Stempel „Carl Oeler" trägt. Den Abschluß meldete er sofort nach Budapest, erhielt aber von Herzmann die Antwort: „Ich verstehe nicht, wie Sie zu solchen Preisen verkaufen können, nachdem ich doch meine Limiten um 75 Rp. erhöhte." Nach der Verabredung mit den Klägern waren zwei Wagen sofort zu liefern. Da die Sendung aber nach Ablauf der gewöhnlichen Frist nicht ankam, drängten die Kläger beim Beklagten mit Brief vom 6. Juli 1889 auf sofortige Lieferung, zugleich die Anweisung gebend, die übrigen

zwei Wagen in 14 Tagen zum Versandt bereit zu halten.

In einer mündlichen Besprechung ersuchte der Beklagte die Kläger, sich mit Ihren Reklamationen direkt an Herzmann in Budapest zu wenden und schrieb dann am 16. Juli, diese Aufforderung bestätigend: „Sollte Herzmann vorschützen, ich habe zu billig verkauft, so erklären Sie rundweg, Oeler habe jedenfalls nach Instruktionen gehandelt, für ihn schon seit Jahren verkauft und sei somit bevollmächtigt zum Verkaufe.“ Inzwischen hatten die Kläger in der That an Herzmann geschrieben und mit Brief vom 14. Juli die Antwort bekommen: „Herr Carl Oeler hat von mir absolut keine Ordre erhalten, an Sie etwas zu verkaufen und kann ich daher einen etwaigen Verkauf an Sie nicht anerkennen; falls er Ihnen etwas verkauft hat, bitte ich, sich an ihn zu wenden.“ Davon machten die Kläger dem Beklagten Mittheilung, betonend, daß sie Herzmann nur auf seinen, des Beklagten, Wunsch angefragt haben. Sie verlangten sofortige Lieferung und drohten mit Schadenersatz. Dieses Begehren wiederholten sie mit Brief vom 26. Juli und erhielten sodann am 27. Juli vom Beklagten die Antwort, daß er sich jeder Verantwortlichkeit entschlage, weil er nur als Vertreter des Herzmann contrahirt und alles gethan habe, um die Ablieferung von diesem zu erzwingen. „Seit über 2 Jahren verkaufte ich Ihnen für benannten Committenten Weizen, die anstandslos abgeliefert wurden. Meine Vermittlung geschah im vorliegenden Falle in gleicher Weise und muß ich Sie an meinen Auftraggeber weisen.“ Ohne näher auf diese Ausführungen einzutreten, erklärten indessen die Kläger mit Brief vom 29. Juli einfach, daß sie sich auf diese Weise nicht abfertigen lassen und stellten eine Schadenersatzrechnung von 1400 Frk. mit der Aufforderung, binnen 14 Tagen zu zahlen, ansonst der Rechtsweg beschritten würde. Der Beklagte beharrte auf seinem Standpunkt, denn am 31. Juli schrieb er: „Mein Verhältniß als Vertreter des Herzmann kannten Sie aus Ihrem Verkehr während zwei Jahren. Ich habe Ihnen für meine Rechnung keinen Weizen verkauft, sondern Sie haben sich bei Ihrem Kaufe nur meiner Vermittlung bedient etc.“

Nun kam es zum Prozeß. Die Kläger leiteten beim Handelsgericht eine Schadenersatzklage im Betrage von 1400 Fr. ein gleich der Differenz zwischen dem Kaufpreise vom 27. Juni und dem höhern Preis, den sie für anderweitige Beschaffung des vom Beklagten nicht gelieferten Weizens haben auslegen müssen. Der Beklagte sei am 27. Juni als Selbstverkäufer aufgetreten und hafte somit für die Vertragserfüllung bezw. für das Interesse. Seine Haftpflicht für den eingetretenen Schaden sei aber auch dann begründet, wenn angenommen würde, es habe derselbe als Stellvertreter gehandelt. In diesem Falle folge dieselbe aus dem Art. 48 des O.-R., weil Oeler in Wirklichkeit von Herzmann gar keinen Auftrag zum Geschäftsabschluß gehabt habe und der Abschluß vom angeblich Vertretenen auch nachträglich nicht genehmigt worden sei.

Dem gegenüber machte der Beklagte geltend, daß er eine allgemeine Verkaufsvollmacht von Herzmann besessen habe und dieser mit Rücksicht darauf den Klägern gegenüber auch dann gebunden worden sei, wenn er, der Beklagte, die Preislimiten desselben nicht beachtet hätte, was aber nicht der Fall gewesen sei, weil er die Depesche: „erhöhe ¼ Francen“ (die statt nach Rorschach nach Zürich adressirt gewesen sei) erst nach Abschluß des Kaufes erhalten und das allerdings vorher empfangene Telegramm „annullire Limits. Unterlasset Habprozeß“ in seinem ganzen Tennor auf diesen Prozeß bezogen habe. Beim Kaufsabschluß habe er dem klägerischen Vertreter ausdrücklich erklärt, er verkaufe für Herzmann und demselben das Originalmuster dieser Firma vorgewiesen; überdem sei dem Kläger das Vertretungsverhältniß auch ohnehin aus dem vorhergehenden Verkehr bekannt gewesen und habe er aus den Umständen auf dasselbe schließen müssen.

Die Kläger bestritten das Angeführte und verstellten zum Beweis, daß im Getreidehandel der Usus bestehe, daß derjenige, welcher als Stellvertreter verkaufe, sich die Genehmigung des Vertretenen vorbehalte in der Meinung,

daß wenn er das nicht thue, er als Selbstverkäufer gelte. Einen solchen Vorbehalt habe der Beklagte nicht gemacht. Dieser bestritt den Usus und verwies darauf, daß auch bei den frühern für Herzmann effectuirten Abschlüssen nie ein solcher Vorbehalt gemacht, der letztere aber dennoch als Kontrahent anerkannt worden sei.

Die Klage wurde abgewiesen.

Gründe:

1. Es handelt sich um eine Forderung auf Schadenersatz. Geltend gemacht wird zunächst der Schaden, der den Klägern aus der Nichterfüllung eines angeblich mit dem Beklagten als Verkäufer über die Lieferung von 4 Wagen Oroshaza-Weizen abgeschlossenen Kaufvertrages entstanden sein soll. So begründet ist also die Klage eine Schadenersatzklage aus dem Titel der schuldhaften Nichterfüllung dieses Vertrages und gehört folglich zum Fundament derselben vor allem aus der Nachweis, daß ein solcher Vertrag zwischen den Litiganten überhaupt zu Stande gekommen sei, denn verneinendenfalls hatte der Beklagte natürlich keine Pflicht zur Erfüllung und kann folglich auch nicht von Verletzung einer solchen Pflicht gesprochen werden.

2. Nun besteht kein Streit darüber, daß die Litiganten einen Kaufvertrag der genannten Art *thatsächlich* mit einander geschlossen haben und dieses Factum muß zunächst genügen für die Annahme, daß der Vertrag auch *rechtlich* zwischen ihnen zur Existenz gelangt sei, weil bis zum Beweise des Gegentheils davon auszugehen ist, daß die rechtlichen Wirkungen eines Vertrages zwischen den thatsächlichen Kontrahenten zur Existenz gelangen. Wenn somit der Beklagte behauptet, daß der Kaufvertrag, trotzdem er denselben thatsächlich geschlossen hat, rechtlich nicht zwischen ihm und den Klägern, sondern zwischen diesen und Herzmann in Budapest zu Stande gekommen sei, weil er beim Abschluß nur als Stellvertreter des letztern gehandelt habe, so liegt ihm der Beweis dafür ob und zwar muß er, um das Zustandekommen eines Vertrages zwischen den Klägern und Herzmann festzustellen, zweierlei beweisen, nämlich:

1) daß er zum Abschluß des betreffenden Vertrages von Herzmann bevollmächtigt war, — und
2) daß er sich entweder ausdrücklich als Stellvertreter des letztern zu erkennen gegeben hat oder daß die Kläger doch aus den Umständen auf das Vertretungsverhältniß haben schließen müssen (Art. 37 des O.-R.).

Würde nur die letztere Voraussetzung zutreffen, d. h. wäre zwar der Beklagte den Klägern gegenüber in erkennbarer Weise als Stellvertreter des Herzmann aufgetreten, aber ohne von dem letztern dazu bevollmächtigt geworden zu sein, so wäre ein Vertrag überhaupt nicht zu Stande gekommen, weder mit dem Beklagten, der nicht verpflichtet werden wollte, noch mit Herzmann, der Mangels einer Vollmachtsertheilung nicht verpflichtet werden konnte. Dagegen würde Oeler in diesem Falle aus dem Art. 48 des O.-R. für den Schaden haftbar sein, den die Kläger wegen Nichtzustandekommen des Kaufvertrages allfällig erlitten haben und der hier mit dem Schaden aus der Nichterfüllung eines wirklich zur Existenz gelangten Vertrages identisch sein dürfte. Dieser von den Klägern eventuell eingenommene Standpunkt ist aber gerade so wenig stichhaltig, wie der prinzipale, weil eben der Beweis geleistet ist, daß der Beklagte zum Abschluß des fraglichen Kaufvertrages seitens des Herzmann bevollmächtigt war und das Vertretungsverhältniß den Klägern gegenüber auch zum genügenden Ausdruck gekommen ist. Denn daraus folgt, daß der Art. 48 des Obl.-R. außer Betracht fällt und die Schadenersatzpflicht aus dem Gesichtspunkt der Nichterfüllung des Kaufvertrages deßwegen cessirt, weil ein solcher Vertrag zwar wohl mit Herzmann, nicht aber mit dem Beklagten zu Stande gekommen ist, und somit auch nur jener auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung belangt werden könnte.

3. Herzmann in Budapest hat den Beklagten in seinem Gewerbe zu bestimmten Geschäften als Handlungsbevollmächtigten bestellt und es erstreckte sich somit seine Voll-

macht gemäß Art. 426 des O.-R. auf alle Rechtshandlungen, welche die Ausführung jener Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt. Die Dritten, welche derartige Geschäfte mit ihm abschlossen, durften ihn kraft der allgemeinen Handlungsvollmacht als zur Vornahme derjenigen Rechtshandlungen ermächtigt betrachten, welche eben die Ausführung jener Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt und wenn diese Geschäfte Kaufsabschlüsse in Getreide waren, so durften sie annehmen, daß derselbe bezüglich aller zum Abschluß erforderlichen Punkte (Preis, Quantität der Waare, Lieferungsart und Lieferzeit etc.) zu verbindlichen Erklärungen befugt sei, weßhalb sich Herzmann überall nicht darauf berufen kann, daß der Beklagte eine bestimmte Ordre betreffend des Preises etc. nicht berücksichtigt habe. Er muß den Vertrag gleichwohl halten und kann für Kompetenzüberschreitungen einfach den Beklagten verantwortlich machen. Wenn also auch angenommen werden kann, der Beklagte habe in concreto beim Abschluß des Kaufes Instruktionen besessen, welche ihm verboten haben, zu dem angenommenen Preise zu verkaufen, so ist Herzmann dennoch an den Vertrag gebunden und kann er nur seinen Agenten auf Vergütung der Differenz belangen. Anders wäre es nur dann, wenn er die Handlungsvollmacht selbst vor dem Abschluß widerrufen hätte, was nicht geschehen ist.

4. Zu den Geschäften, zu deren Abschluß der Beklagte von Herzmann Handlungsvollmacht hatte, gehörte nachgewiesenermaßen auch der Getreideverkauf an die Kläger; denn seine Vollmacht war die, auf Namen und Rechnung des Herzmann als Lieferanten mit einer Anzahl zum Voraus bestimmter schweizerischer Firmen, zu denen auch die Kläger gehörten, Getreideverkäufe abzuschließen mit dem Anspruche auf eine gewisse Provision als Gegenleistung. Diese Vollmacht an sich geht hervor aus der Korrespondenz der Budapester Firma mit Oeler vom 29. August bis 14. September 1887. Die Meinungsverschiedenheit bezüglich der Höhe der Provision muß, da ja der Beklagte in Funktion trat, gehoben worden sein. Die Korrespondenz überträgt dem Beklagten die Vermittlung der Getreideverkäufe in der unzweifelhaften Meinung, daß die Lieferungen direkt durch Herzmann effectuirt und facturirt und hinwiederum auch an ihn direkt bezahlt werden, womit unzweifelhaft gesagt ist, daß auf seinen Namen und seine Rechnung zu kontrahiren sei. Daß der Stellvertretungsvertrag auf dieser Grundlage wirklich dauernd zu Stande kam, beweist der Umstand, daß zugegebenermaßen gerade gegenüber den Klägern seit 1887 die durch den Beklagten abgeschlossenen Käufe über Oroshazaweizen stets von der Firma Herzmann direkt ausgeführt und facturirt, wie auch an sie bezahlt wurden. Unterstützend kommt hinzu die Korrespondenz zwischen Herzmann und dem Beklagten vom Juni 1889, welche bereits abgeschlossene Geschäfte und daneben auch das streitige berührt. Damit ist zugleich der Beweis geleistet, daß auch die klägerische Firma zu den in den Bereich der Vollmacht des Beklagten fallenden Firmen gehört.

5. Daß der Beklagte sich beim Kaufsabschluß vom 27. Juni *ausdrücklich* als Stellvertreter des Herzmann zu erkennen gegeben habe, ist allerdings nicht festgestellt, wohl aber mußte der thatsächlich contrahirende klägerische Vertreter aus den Umständen auf das Vertretungsverhältniß schließen. Indizien dafür, daß der Beklagte im Allgemeinen seine Eigenschaft als Stellvertreter des Herzmann zu unterdrücken pflege, sind nicht vorhanden. Aus dem Eintrage im Handelsregister, welcher aus dem Jahre 1883 datirt, ist ein allgemeiner Schluß darauf, daß der Beklagte als Vertreter einer andern Firma gegen außen überhaupt nicht auftrete, selbstverständlich nicht möglich. Die bloße Bezeichnung des Beklagten als Getreidehändler mag zur Zeit nicht ganz zutreffend sein, daß sie aber zur Täuschung dienen solle, kann von den Klägern selbst nicht behauptet werden. Allerdings gestattet das Circular des Beklagten vom 1. Juli 1883 anderseits auch nicht einen Schluß darauf, daß der Beklagte stets nur auf Rechnung und *Namen* Dritter verkaufe, sondern im Gegentheit würde die Eigenschaft des Beklagten als Commissionär gerade zu dem Schlusse führen, daß er zwar auf fremde Rechnung, aber im eigenen Namen handelt.

Dieses Circular fällt aber hier außer Betracht, weil dasselbe in das Jahr 1883 fällt, während der besondere Vertrag des Beklagten mit Herzmann erst vom Jahre 1887 datirt. Aus dem gleichen Grunde kommt auch nichts an auf die von den Klägern eingelegten Fakturen und Briefe aus der Zeit von 1884 bis April 1887, wonach der Beklagte allerdings wiederholt im eigenen Namen Getreide verkauft und offerirt hat.

Dagegen bietet nun die persönliche Befragung des Klägers Reusch gewichtige Momente für die gegentheilige Annahme, daß die Voraussetzungen, unter welchen nach Art. 37 des O.-R. der Vertretene verpflichtet wird, im vorliegenden Falle vorhanden seien.

Wenn der Kläger Reusch zugeben muß, daß seine Firma seit 1887 ihren Bedarf an Oroshazaweizen immer durch Bestellungen bei Oeler gedeckt habe und daß die Lieferungen seit jener Zeit immer von Herzmann in Budapest ausgeführt und facturirt und an ihn direkt bezahlt worden sind, wenn der Kläger Reusch ferner erklärt, daß der Beklagte sich im Jahre 1887 einmal bei Abschluß eines solchen Kaufgeschäftes als Stellvertreter des Herzmann ausdrücklich zu erkennen gegeben habe und wenn derselbe endlich die Richtigkeit der vom Beklagten produzirten Liste (Akt No. 28), wonach vom Oktober 1887 bis April 1889 acht Lieferungen von 200 und 400 Doppelzentner stattgefunden haben, nicht ernstlich in Zweifel ziehen kann, denn eine erhebliche Abweichung von den eigenen Bucheinträgen hätte ihm sofort auffallen müssen, so wird man mit dem Schlusse, daß der Käufer und heutige Kläger Reusch den Kauf vom 27. Juni mit dem Bewußtsein abschloß, daß der Beklagte als Stellvertreter des Herzmann handle und nicht als Selbstverkäufer, kaum irre gehen. Die Thatsache, daß seit Herbst 1887, in welchem Jahr ja der Beklagte in einem offenbar kurz nach Abschluß des Vertrages mit Herzmann eingegangenen Geschäfte ausdrücklich seine Eigenschaft als Vertreter des Herzmann kundgab, sämmtliche, auf einen nicht unbedeutenden Bedarf hinweisenden Lieferungen von Oroshazaweizen von der Firma Herzmann facturirt wurden und der aus dieser Thatsache nothwendig zu ziehende Schluß, daß der Beklagte bei allen diesen Geschäften als Bevollmächtigter des Herzmann handelte, mußte ihn zu der Annahme zwingen, daß auch bei dem gegenwärtigen Kaufe der Beklagte nicht in eigenem, sondern im Namen des Herzmann auftrete, d. h. nach den Umständen mußte der Kläger auch im vorliegenden Falle auf das Stellvertretungsverhältniß schließen. Der Umstand, daß das übergebene Typmuster den Stempel: „Carl Oeler“ trägt, kann unmöglich geeignet sein, diese Schlußfolgerung zu entkräften, auch wenn, wie klägerischerseits behauptet wird, beim Kaufe ein Originalmuster mit der Firma des Herzmann nicht vorgewiesen worden ist.

Die Kläger haben sich denn auch in ihren Reklamationsschreiben an den Beklagten vom 16., 26. und 29. Juli nicht veranlaßt gesehen, auch nur mit einem Worte zu bestreiten, daß ihnen das Vertretungsverhältniß des Beklagten bekannt gewesen sei, trotzdem der Beklagte offenbar schon bei der ersten mündlichen Reklamation und dann fortwährend auf sein Vertretungsverhältniß hinwies.

Die Bedingungen, unter welchen nach Art. 37 des O.-R. die Verpflichtung des Vertretenen eintritt, sind also gegeben. Der Einwand, daß im Getreidehandel bei Verkäufen auf Namen und Rechnung Dritter der im vorliegenden Fall nicht beobachtete Gebrauch bestehe, daß der Verkaufende sich die Genehmigung des Auftraggebers vorbehalte, fällt mit Rücksicht auf *das Gesetz,* welches eine das Stellvertretungsverhältniß feststellende Erklärung allgemein und *ausdrücklich* nicht verlangt, ohne Weiters dahin. Wenn aber damit gesagt werden will, daß ohne einen solchen Vorbehalt die Meinung dahin gehe, daß der *Vertreter* im Falle der Nichtgenehmigung einzustehen habe, so könnte nur ein so allgemeiner Usus von Bedeutung sein, daß daraus die Kenntniß desselben seitens *aller* Getreidekäufer und Verkäufer mit Sicherheit geschlossen werden dürfte, weil nur dann angenommen werden könnte, daß derselbe auch den Litiganten, speziell dem Beklagten bekannt gewesen sei und folglich als Vertragsmeinung habe acceptirt werden

wollen, vom Beweise eines so allgemeinen Usus kann aber nach der Ansicht des in dieser Beziehung sachkundigen kaufmännischen Gerichtsmitgliedes keine Rede sein, weil derselbe in diesem Umfange überall nicht besteht.

Der Schluß aus dem Gesagten ist der, daß der Kauf vom 27. Juni nicht mit dem Beklagten, wohl aber mit Herzmann in Budapest zu Stande gekommen ist und somit auch nur dieser aus dem Gesichtspunkte der Nichterfüllung auf Schadenersatz belangt werden kann, die Klage gegen den Beklagten dagegen abgewiesen werden muß.

Forderung aus unerlaubter Handlung.

Ein Streit zwischen zwei Konkurrenten aus den Art. 50 und 55 des O.-R. Erlaubte Vertheidigung gegenüber illoyaler Konkurrenz.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 26. Oktober 1889.

Breger und Javal in Paris gegen Orell Füssli & Co. in Zürich.

Die Kläger sind Inhaber eines Graveur- und Druckereigeschäftes in Paris und verkaufen Brief- und Postpapier mit gravirtem Kopf und Zeichnungen. Am 26. Juni 1885 erschien in der Neuen Zürcher-Zeitung ein Artikel folgenden Inhalts: „Recht unverfroren „benehmen sich die Vertreter und Reisenden „der französischen Geschäfte, welche wie die „Zugvögel alljährlich die Schweiz über„schwemmen und mit zäher Zudringlichkeit „ihre Aufträge zu erobern wissen. Ein „drastisches Beispiel solcher Unverfrorenheit „möge einmal festgestellt werden. Da er„scheint dieser Tage ein elastischer Herr „Goldschmiedt, Vertreter der Lithographie „Breger und Javal in Paris in einem zürche„rischen Fabrikationsgeschäft. Er weiß sich „den Weg bis zum Chef des Hauses zu „bahnen und offerirt demselben Briefpapier „und Facturaformulare mit Stahlstichansicht „des Fabriketablissements. Er behauptet, den „Stahlstich ganz umsonst zu erstellen und „denselben auch gratis zu drucken. Da der „Künstler vom Hause gerade auf der Durch„reise in Zürich sei, so wäre jetzt der Mo„ment für die Aufnahme des Etablissements „ganz besonders günstig. Er erhält endlich „die gewünschte Bestellung. Das Haus Breger „und Javal hat zwar natürlich keinen Künst„ler, weder in Zürich noch in der Schweiz, „aber Goldschmiedt weiß sich zu helfen. Er „erinnert sich, daß ja z. B. auch Orell Füssli „& Cie. recht schöne und saubere Arbeiten „erstellen. Am folgenden Tage wird ein An„gestellter dieser Firma dem Fabrikanten als „Ingenieur von Breger und Javal vorgestellt. „Unter keinen Umständen darf aber Orell „Füssli & Cie. von diesem Abkommen etwas „erfahren. Goldschmiedt hat sich aber schließ„lich in seiner Rechnung getäuscht.“ Dieser Artikel veranlaßte den Börsenagenten Hartmann in Zürich dem Chef des beklagtischen Hauses von einem Geschäft Mittheilung zu machen, das er im Jahre 1884 mit Breger und Javal abgeschlossen hatte. Nach seinen Aussagen als Zeuge war nämlich damals ein Vertreter der Kläger bei ihm und hat er demselben, um ihn los zu werden, eine kleine Probebestellung in Papier gemacht; statt dieser sind ihm aber 24 Ries geschickt worden und auf seine Reklamation hin hat man ihm einfach den auf so viel lautenden Bestellzeddel vorgewiesen, den er vor dem Unterzeichnen nicht gelesen haben will, ansonst er denselben, weil nicht conform der mündlichen Vereinbarung, nicht unterschrieben hätte. Hartmann legte dem Chef von Orell Füssli & Cie. auf Wunsch ein Ries des betreffenden Papiers vor; dieser zählte die Bogenzahl und constatirte dabei, daß dieselbe nicht vollständig war. Es fehlten nach seinen Feststellungen auf der ganzen Sendung von 24 Ries ca. 500 Bogen, indem statt 12,000 Bogen = 500 per Ries nur ca. 11,500 da waren. Mit der Waare selbst war Hartmann zufrieden und er acceptirte und zahlte die Sendung; die Bogenzahl hatte *er selbst* nicht controllirt. Orell Füssli & Cie. ließen nun ein Flugblatt erscheinen mit dem Titel: „Zur Beachtung,“ in welchem die Factur für die Hartmann'sche Papierlieferung, betragend Fr. 665. 10 mitgetheilt, darauf hingewiesen wird,

daß statt 12,000 nur ca. 11,500 Bogen geliefert worden seien, und daran anschließend bemerkt wird: „Orell Füssli & Cie. würden diesen Auftrag bei ganz gleicher Waare à 18 (statt 26 Fr.) per Ries, also für 432 Fr., franko Zürich ausgeführt haben, der Besteller hätte die 12,000 Bogen voll erhalten und dabei Fr. 233. 60 erspart. Exempla docent. Belege stehen bei Orell Füssli & Cie. für Jedermann zur Einsicht zu Diensten. Die Firma ist gerne bereit, bei allfälligen Differenzen mit Breger und Javal fachmännische Auskunft zu ertheilen."

Als die Kläger von dem vorerwähnten Artikel in der Neuen Zürcher-Zeitung Kenntnis erhalten hatten, beauftragten sie einen hiesigen Anwalt, die Firma Orell Füssli & Cie. als Verfasserin desselben zur Verantwortung zu ziehen. Es scheint sich um eine Schadenersatz- und Genugthuungsklage gehandelt zu haben, der Anwalt rieth ihnen aber nach Untersuchung der Verhältnisse, den Prozeß nicht zu führen (sein dießfälliger Brief datirt vom 31. Oktober 1885) und diesen Rath befolgten die Kläger.

In einem Artikel des „Merkur" (Organ für schweizerische Geschäftsreisende) vom Dezember 1887 (Nro. 49) wurden die ausländischen Bezüge unserer Bankfirmen getadelt. Das gab dem Kaufmann Merz in Basel Veranlaßung, im gleichen Blatt unterm 24. Dezember 1887 unter dem Titel: „Wies gemacht wird" einen zweiten Artikel erscheinen zu lassen, von dem gesagt wird: „Möge „er dazu dienen, den nicht zu solchem Raf„finement und zu solcher Zudringlickeit be„fähigten Schweizer-Producenten zahlreiche „Kundschaft zuzuführen." Der Artikel beginnt mit dem Hinweis daranf, daß zahlreiche schweizerische Bankinstitute ihre Wechsel-Cheks-Formulare etc. mit Vorliebe vom Auslande *z. B. von Breger und Javal* in Paris beziehen uud erzählt dann einen Geschäftsvorgang zwischen dem Verfasser und diesem Hause. Die Erzählung ist im Wesentlichen folgende: Eines Tages sei ein Reisender zu Zweit (um eventuell Zeugen zu haben) gekommen und habe für das Haus Breger und Javal offerirt, Probeabdrücke einer Anzahl Schweizer-Häuser vorweisend, um Vertrauen zu erwecken und betonend, daß sein [illegible] weil es mit allen größern Firmen in V[illegible] dung zu kommen wünsche, offerire [illegible] Clichés der Fabrikanlage etc. absolut [illegible] anzufertigen und falls sie nicht gefallen [illegible] zu erstellen oder abzuändern. Dabei ha[illegible] gemäß bestehendem Usus die Meinung, [illegible] der Betreffende, weil seine Firma doch [illegible] Ausgaben für die Clichés habe, sich [illegible] pflichte, seinen Bedarf bis zu einem ge[illegible] sen, festzustellenden Quantum bei ihr [illegible] decken, wobei die Bestimmung von Zeit [illegible] Umfang der einzelnen Bezüge ganz sei[illegible] Ermessen anheimgestellt bleibe. Die Cl[illegible] werden im Depot behalten bis die Bedürf[illegible] des Abnehmers deren Benutzung erford[illegible] Merz könne somit erst in einem oder in [illegible] Jahren darauf zurückkommen, da er [illegible] erkläre, bis dahin noch versehen zu sein. [illegible] Reisende habe sich als Herr Breger [illegible] gestellt und da er, Merz, angenommen, [illegible] Chef des Hauses lüge nicht, habe er [illegible] Convention unterzeichnet, daß er sich [illegible] Abnahme von und so viel Ries Papier [illegible] pflichte. Später seien von dem Pseudo-Bre[illegible] Probeabdrücke des Clichés vorgewiesen w[illegible] den und Merz habe einem derselben, da[illegible] die Firma in Paris, wie man ihm versich[illegible] die Sache als in Ordnung betrachten [illegible] spätere Bestellungen ohne Weiteres aus[illegible] ren könne, also bloß: „comme approbati[illegible] du Cliché" seine Unterschrift beigese[illegible] Dann fährt der Artikel fort: „Kaum [illegible] „Wochen später kamen Sendung und Fa[illegible] „für ca. Fr. 1600 über den Gesammtbe[illegible] „des vielleicht in 10 Jahren abzunehmen[illegible] „Papiers, ganz willkürlich zusammengeste[illegible] „Facturenformulare, Briefpapier etc., wie [illegible] „es nie bestellt haben würden. Wir hat[illegible] „nie Auftrag gegeben, etwas zu schick[illegible] „waren aber durch die entlockten Un[illegible] „schriften gezwungen, die Lieferung zu acc[illegible] „tiren. Von ähnlichen Fällen haben wir [illegible] „hiesigem Platze Beispiele. Wir haben [illegible] „Papier für 10 Jahre und haben schon ma[illegible] „tausend Circulare drucken lassen, um [illegible] „Haufen zu verringern." Dieser Artikel [illegible] einem zweiten, der schon in der folgend[illegible] Nummer des „Merkur" vom 1. Januar 18[illegible] erschien und den Titel führt: „Camen

obscura. Wies gemacht wird.“ Nach einer Verweisung auf den oben genannten Artikel wird gesagt: „Noch eindringlicher predigt „nachstehende uns mitgetheilte Thatsache den „Lesern den Grundsatz: „Kurzer Hand ab„fahren mit Leuten dieses Schlages und sich „erst vergewissern, ob das Inland nicht ebenso „gut und ebenso preiswürdig produzire“ und nun erfolgt die Mittheilung des schon in der Neuen Zürcher-Zeitung vom 26. Juni 1885 bekannt gegebenen Vorganges zwischen einem Vertreter des Klagehauses und dem Chef eines hiesigen Etablissements in folgender Weise: „Der Vertreter offerirt auch hier, „unentgeltlich Ansichten der Fabrikanlage „zu liefern. Dem Zaudernden gegenüber er„bittet er die Erlaubniß, wenigstens den „gerade in Zürich anwesenden Ingenieur seiner „Firma eine Zeichnung der Fabrik machen „zu lassen, die gar nichts kosten werde. Unser „Industrielle geht auf den Leim und gestattet „die Aufnahme. Dieweilen aber Breger und „Javal weder in Zürich noch sonst wo einen „eigenen Ingenieur zur Verfügung haben, so „sucht nun ihr Reisender den bekannten „Künstler Weber von Orell Füssli bei Hause „auf und bittet ihn, die betreffende Aufnahme „zu machen, aber ohne daß Orell Füssli & Cie. „etwas davon erfahren dürfen. Weber lehnt „ab. Der findige Reisende aber weiß einen „andern zürcherischen Zeichner ausfindig zu „machen, der die Aufgabe übernehmen will. „Er nimmt ihn ins Bureau mit und hat die „Frechheit, denselben als Ingenieur und „Künstler seiner Firma vorzustellen. Sa„pienti sat.

„Traurig und bemühend genug ist es, daß „gerade unsere großen schweizerischen In„dustriellen und Banken solchen fremden „Häusern gegenüber so entgegenkommend „sind und ihnen Preise bewilligen, die 20 „bis 30% theurer sind, als für ganz gleich„werthige Waare in der Schweiz bezahlt „werden müßte. Wir guten Schweizer Dru„cker haben immer noch nicht genug Un„verfrorenheit.“

Verfasser dieses Artikels sind Orell Füssli & Cie. Die Kläger anerkennen, daß ihr Reisender Goldschmiedt in dem oben besprochenen Falle den bei Orell Füssli & Cie. angestellten Künstler Weber zur Aufnahme des betreffenden Etablissements engagirt habe, bestreiten aber, daß Goldschmiedt von dem Dienstverhältniß zwischen Weber und Orell Füssli & Cie. unterrichtet gewesen sei und machen geltend, daß Weber den Auftrag angenommen, dann aber nicht persönlich erschienen sei, sondern den Zeichner Balzer geschickt habe, der persönlich mit Goldschmiedt gar nie zusammengekommen, also von ihm nicht vorgestellt worden sei, sondern sich dem Fabrikanten allein vorgestellt habe. Der betreffende Fabrikant, Steinfels-Cramer in Zürich deponirte als Zeuge. Der fragliche Besuch des klägerischen Vertreters sei im Juni 85 erfolgt. Dieser Vertreter habe sich so benommen, als ob er der Chef des Hauses selbst sei und sei er, Zeuge, deßhalb in der That auch davon ausgegangen, den Chef vor sich zu haben. Er habe sich gesperrt, eine Bestellung zu machen und da sei ihm von demselben gesagt worden, sein Zeichner von Paris sei gerade vorübergehend in Zürich. Die Bestellung habe er aufgegeben, verlockt durch die ihm vorgewiesenen Köpfe, und durch die billigen Preise gegenüber früher bezahlten, sowie auch, um den Drängenden los zu werden. Unter dem Zeichner von Paris habe er sich etwas Besseres vorgestellt, als unter einem hiesigen. Folgenden Tages sei dann Balzer erschienen, habe sich ihm als Zeichner der klägerischen Firma vorgestellt, seine Etablissemente aufgenommen und ihm die Entwürfe gezeigt; daß er bei Orell Füssli & Cie. angestellt sei, habe ihm Balzer nicht gesagt. Der Künstler Weber sagte aus: Der betreffende Vertreter des Klagehauses habe bei dem Versuch, ihn zu engagiren, sofort bemerkt, das Haus Orell Füssli & Cie. dürfe aber nichts davon wissen, allein er sei dabei geblieben, daß das nicht nobel gehandelt und gegenüber einem Conkurrenten rücksichtlos sei und habe deßhalb mehrmals sehr bestimmt erklärt, daß er ohne Vorwissen und Genehmigung seiner Vorgesetzten nichts unternehme, bemerkend, Goldschmiedt möge das Gesuch bei Orell Füssli & Cie. selbst anbringen, was derselbe denn auch auf den folgenden Tag zugesagt habe, ohne indessen zu erscheinen. Goldschmiedt krieche in allen Ecken herum,

sonst hätte derselbe nicht ausgeklügelt, daß er, Zeuge, bei Orell Füssli & Cie. angestellt sei. Denselben an Balzer gewiesen zu haben, möge er sich nicht erinnern. Balzer konnte wegen Abwesenheit nicht einvernommen werden und Goldschmiedt bestätigte die Darstellung der Kläger.

Am 3. Juni 1888 leiteten die Kläger beim Bezirksgerichtspräsidium Zürich gegen den oder die Verfasser der beiden Artikel im Merkur vom 24. Dezember 1887 und 1. Jan. 1888 und eventuell gegen die Herausgeber und Verleger Strafklage auf Verleumdung und Beschimpfung ein. Merz in Basel schrieb dem Redaktor des „Merkur", die Mittheilungen in seinem Artikel beruhen alle auf voller Wahrheit und könne der Redaktor den die Einsendung enthaltenden Brief als Beleg benutzen, im Uebrigen aber wolle er, Merz, sich auf nichts weiter einlassen, weil er sich mit Breger und Javal abgefunden, *deren Lieferung mit entsprechender Rabattgewährung und Zahlungsbedingungen* angenommen und deßhalb keine weitere Veranlaßung habe, denselben entgegenzutreten. Die Kläger anerkennen, sich mit Merz in dieser Weise abgefunden zu haben. Sie meinen, sein Artikel habe auch nur bezweckt, Zahlungsaufschub zu erhalten. —

In der Neuen Zürcher-Zeitung vom 15. September 1888 erschien folgendes Inserat: „Breger und Javal in Paris machen immer noch Geschäfte in der Schweiz. Bevor dieser Firma Bestellungen aufgegeben werden, dürfte es im Interesse der Besteller liegen, sich über die Geschäftsüsancen und die Preise derselben zu informiren. Orell Füssli & Cie., mehrfach als Experten in Differenzfällen mit Breger und Javal zugezogen, sind in der Lage Auskunft zu ertheilen."

Die Strafklage wurde von den Klägern zurückgezogen. Dagegen erhoben sie nun auf Grund der Art. 50 und 55 des O.-R. gegenüber Orell Füssli & Cie. eine Schadenersatz- und Genugthuungsklage im Betrage von 2000 Frkn., die sie auf den Artikel im Merkur vom 1. Januar 1888 und das obige Inserat in der Neuen Zürcher-Zeitung vom 15. September 1888 stützten. Am 15. Mai 1888 hatte auch ein Henry Marqué in Brüssel den Beklagten geschrieben, er sei in den Schlingen der Kläger gefangen worden und während des Prozeßes selbst erhielten dieselben noch Briefe von 2 Häusern, in denen Klage geführt wird über das Geschäftsgebahren der Kläger; einem Wirth in St. Gallen wurde für 1939 Fr. 60 Papier geschickt, währenddem er für höchstens 3—400 Fr. bestellt haben will und behauptet, das Empfangene in 20 Jahren nicht verwenden zu können.

Die Klage wurde abgewiesen.

Gründe:

1. Die Klage gründet sich zunächst und auch in der Hauptsache auf den Artikel im Merkur vom 1. Jenner 1888, in der Veranlaßung dieses Artikels durch die Beklagten liegt nun aber keine widerrechtliche Handlung. Der wesentliche Inhalt desselben bildet die Darstellung des Vorganges zwischen dem klägerischen Vertreter Goldschmiedt und dem Kaufmann Steinfels-Cramer und die Darstellung entspricht der Wahrheit, wie aus den Aussagen der Zeugen Steinfels und Weber in Verbindung mit der Thatsache hervorgeht, daß die Kläger, als der nämliche Vorgang schon im Jahre 1885 in der Neuen Zürcher Zeitung veröffentlicht wurde, von der Fortsetzung der in Aussicht genommenen Schadenersatzklage abgestanden sind. Ueberdem liegt auch ohnehin für jeden Unbefangenen auf der Hand, daß die Entdeckung des Künstlers Webers durch Goldschmiedt nicht anders möglich war als mit der gleichzeitigen Entdeckung seiner Eigenschaft als Angestellter der Beklagten. Der Standpunkt der Kläger, daß auch ein wahrer, die Interessen Dritter gefährdender Vorgang nicht immer wieder veröffentlicht werden dürfe, mag in dieser Allgemeinheit richtig sein. Allein im vorliegenden Falle war Anfangs 1888 berechtigte Veranlaßung vorhanden, den Vorgang vom Jahre 1885 neuerdings in Erinnerung zu bringen bezw. ist es wenigstens sehr begreiflich, wenn das geschehen ist und kann nach den allgemeinen und begleitenden Umständen eine widerrechtliche Handlung darin nicht erblickt werden. Die Veranlaßung zum Artikel vom 1. Jenner 1888 bildete der unmittel-

bar vorhergegangene Artikel vom 24. Dezember 1887, dessen Verfasser Emil Merz in Basel ist. Hier wird den Klägern ein höchst unordentliches, geschäftlich verwerfliches und auch die Interessen der Konkurrenz in nicht zu rechtfertigender Weise schädlich berührendes Benehmen vorgeworfen und es darf, was hier die Hauptsache ist, ganz ruhig angenommen werden, daß auch dieser Vorwurf der Wahrheit entspricht. Merz steht voll und ganz zu seiner Darstellung, wie aus dem Brief desselben an den Redaktor Niedermann vom 2. Juni 1888 hervorgeht (Akt 12 der Strafprozedur). Er ist kein Konkurrent der Kläger und kann es also nicht Konkurrenzneid sein, was ihn veranlaßt hat, den betreffenden Artikel erscheinen zu lassen. Das aber bloß deßwegen zu thun, um vielleicht einen Rabatt oder bessere Zahlungsbedingungen oder beides zu erhalten, konnte ihm vernünftigerweise nicht einfallen; er durfte, die *Un*richtigkeit des erzählten Herganges vorausgesetzt, nicht daran denken, daß das Mittel ein probates sei, sondern mußte sich im Gegentheil sagen, daß er dannzumal Derartiges nicht nur nicht erreiche, wohl aber sich einer Schadenersatzklage aussetze. Das Entscheidende aber liegt gewiß darin, daß die Kläger, nachdem ihnen die Eigenschaft des Merz als Verfasser des betreffenden Artikels bekannt geworden war, sich in der Weise mit ihm verständigten, daß sie ihm einen Rabatt und günstigere Zahlungsbedingungen bewilligten, denn darin liegt doch ein Vorgehen, das absolut unverständlich bleibt, so lange man die Thatsachen jenes Artikels als auf Unwahrheit beruhend ansieht, das aber vollständig stimmt mit der Annahme, daß Kläger die Schilderung des Merz als der Wirklichkeit entsprechend anerkennen und sich deßhalb sagen mußten, es lasse sich gegen die ihnen zn Theil gewordene Zurechtweisung nicht nur nichts einwenden, sondern es stehe sogar das fragliche Geschäft, falls sie keine Konzessionen machen, nur auf schwachen Füssen. Es ist schon angedeutet worden, daß in dem Vorgehen gegen Merz, welches sich als verwerfliche Kundenfängerei darstellt, auch ein Eingriff in die berechtigte Interessensphäre der Konkurrenten liegt, denn jeder Konkurrent, der sich nicht dazu hergeben will, gleich unordentlich zu verfahren, kommt durch ein solches Vorgehen in Nachtheil. Dagegen sich zu wehren, ist nicht unerlaubt und nur als Abwehr erscheint es, wenn die Beklagten auf jenen Artikel hin noch einmal an den Vorgang mit Steinfels-Cramer vom Jahre 1885 erinnerten. Der Eingang des Artikels vom 1. Jenner 1888 ist zunächst einfach eine Verweisung auf den Vorläufer vom 24. Dezember, die nur vorgenommen wurde, um das derzeitige Erscheinen der nachfolgenden eigenen Mittheilung zu rechtfertigen. Das in der Form der Verweisung enthaltene Urtheil über das Vorgehen gegen Merz entspricht der Wahrheit und konnte die Stellung der Kläger nach Außen nicht verschlimmern, weil jenes Urtheil vom Leser der frühern Merkur-Nummer bereits gezogen und noch in frischem Gedächtniß war. Der Rath: „kurzer Hand abzufahren“ mit Leuten, die es so machen, wie es die Kläger dem Merz und mit den Beklagten selbst gemacht haben, entspricht den Thatsachen und ist auf so lange, als er gegeben werden wollte, nämlich für die Zeit und die Fälle eines ähnlichen Vorgehens bezw. des Versuches eines solchen, richtig. Wenn aus der Darstellung des Vorganges mit Steinfels speciell der Passus: „Unser Industrielle geht auf den Leim“ hervorgehoben wird, so geschieht das mit Unrecht, weil nach dem ganzen Zusammenhang damit nichts Anderes gesagt werden wollte, als daß Steinfels sich schließlich auch durch die unwahre Vorgabe, der klägerische Künstler befinde sich gerade auf einer Durchreise in hier und sei der Moment zur Aufnahme der Fabrikgebäulichkeiten deßwegen ein besonders günstiger, habe zur Bestellung verleiten lassen. Der Schlußsatz endlich enthält zunächst die mehr allgemeine Betrachtung, daß unsere großen Industriellen und Banken ihren Bedarf eher im Inlande decken sollten und kann insoweit durchaus nicht beanstandet werden, soweit derselbe aber von „*solchen* fremden Häusern“ spricht und damit im Zusammenhang mit dem Vorhergesagten auf die Kläger verweist, spricht er nur aus, daß sich der auswärtige Bezug

um so weniger rechtfertige gegenüber Lieferanten, die in der geschilderten Weise vorgehen, ein Schluß, der, sobald die Thatsachen, aus denen er gezogen wurde, richtig sind, namentlich in der genannten Einschränkung, so lange das geschilderte Gebahren andaure, nicht als zu weitgehend bezeichnet werden kann. Die dabei eingeflossene Behauptung, es liefern Kläger 20—30 % theurer, war zum Mindesten keine leichtfertige, weil sie sich auf den Vorgang mit Börsenagent Hartmann stützt. Wäre sie unrichtig, so hätten Kläger dieselbe wohl auch leicht widerlegen können, ein ernstlicher Versuch ist aber dießfalls nicht gemacht worden. Und übrigens kennen die Kunden die Preise schon und hätte sich wohl kaum einer durch jene Bemerkung eines Konkurrenten allein bestimmen lassen, eine den Klägern sonst zugedachte Bestellung, nicht zu machen. Es könnte also dießfalls unter keinen Umständen von einem nachgewiesenen Schaden oder einer *erheblichen* Verletzung der persönlichen Verhältnisse der Kläger die Rede sein. Es muß überhaupt zum Schlusse als befremdend bezeichnet werden, wie die Kläger dazu kommen können, in dem Artikel vom 1. Jenner 1888 eine widerrechtliche Publikation zu erblicken, währenddem sie gleichzeitig den Verfasser des viel gravirenderen Artikels vom 24. Dezember durch Rabattgewährung etc. noch belohnt haben. Wenn allenfalls beide Artikel zusammen eine Schädigung der Kläger zur Folge hatten, so wäre es doch schwer zu sagen, daß und welcher Antheil davon auf den zweiten, die Beklagten berührenden Artikel falle, zumal dieser im Wesentlichen nicht das Verhältniß der Kläger zu ihren Kunden, wie sein Vorläufer, sondern mehr das Verhältniß zu den Konkurrenten bespricht.

2. Mehr nebensächlich gründet sich die Klage dann auch noch auf das Inserat in der N. Z. Z. vom 7. September 1888. Allein es kann ihr auch hier nicht beigetreten werden. Das Inserat enthält allerdings den Ausspruch, daß es mit Rücksicht auf die Geschäftsusancen und Preise der Kläger nicht im Interesse der Kunden liege, mit denselben in Geschäftsverbindung zu treten. Bezüglich der Geschäftsusancen war indessen die Mahnung zur Vorsicht nach dem Actieninhalt eine begründete, wenn auch zugegeben werden muß, daß im fraglichen Zeitpunkt eine *besondere* Veranlaßung zu ihrer Wiederholung nicht vorlag. Die Andeutung auf die Preise aber ist durchaus nebensächlich und konnte die Kläger weder schädigen noch persönlich verletzen.

Die Klage ist hienach mit der ersten Instanz abzuweisen.

Ablösung von Bauservituten

(§ 25 der städtischen Bauordnung.)

Grundsätzliche Zulässigkeit bloss theilweiser Ablösung.

Obergericht Zürich, Appellationskammer.
22. Juni 1889.

Die Actiengesellschaft Grand Hôtel Bellevue au lac in Zürich wollte den auf der nördlichen Seite an das Hôtel angrenzenden Vorplatz bis auf eine gewisse Höhe (nämlich bis zum Gurt des ersten Stocks des Hauptgebäudes) mit einem Rondell überbauen. Da aber der Vorplatz zu Gunsten von Nachbarhäusern, z. B. des Zürcherhofes, mit der Servitut belastet ist, daß er immer und zu allen Zeiten frei und offen bleiben müsse, so verlangte die Gesellschaft gestützt auf den § 25 der städtischen Bauordnung zunächst die theilweise Ablösung dieser Servitut, soweit das eben nothwendig war, um das Bauprojekt ausführen zu können. Der Beklagte (Besitzer des Zürcherhofes) widersetzte sich dem Begehren, weil die Voraussetzungen der citirten Gesetzesstelle nicht vorliegen. Eventuell verlangte er eine Entschädigung, welche die Gegenpartei nicht geben zu können glaubte. Eine prinzipielle Einwendung desselben war auch die, daß eine bloß theilweise Ablösung einer Servitut, wie sie hier verlangt werde, überhaupt unstatthaft sei. Allein damit wurde er zurückgewiesen und zwar

aus folgenden Gründen:

Der Ansicht, daß das Klagebegehren unstatthaft sei, weil eine bestimmte Servitut nicht bloß *theilweise* abgelöst werden könne, kann nicht beigetreten werden; denn der Wortlaut des Gesetzes enthält nichts, was dieselbe rechtfertigen würde und wenn dessen Sinn und Geist d. h. der dem § 25 der Bauordnung zu Grunde liegende Zweck, die ratio des Gesetzes, berücksichtigt wird, so folgt daraus das direkte Gegentheil. Diese Gesetzesbestimmung hat nämlich den Zweck, Bauten zu ermöglichen, welche, obschon an sich zweckmäßig, durch alte Servituten, deren Werth und Bedeutung für die Berechtigten oft nur noch von ganz untergeordneter Bedeutung ist, verhindert werden. Nun kommt es aber oft vor und gerade der vorliegende Fall ist ein Beispiel dieser Art, daß wenn auch solche Servituten in ihrem ganzen Umfange für die Berechtigten noch so viel Werth haben, daß sich ihre völlige Aufhebung nicht rechtfertigen würde, dieß sich mit einer theilweisen Aufhebung anders verhält, während es zur Ermöglichung der Baute gar nicht nöthig ist, die Servitut völlig aufzuheben, sondern für diesen Zweck auch die theilweise Aufhebung genügt. Es entspricht daher gerade dem Zweck des Gesetzes, auch die theilweise Aufhebung solcher Servituten zu gestatten. Was die Behauptung anbetrifft, daß, wenn eine stückweise Ablösung von Servituten gestattet werde, Servitutsverpflichtete, welche die ganze Ablösung nicht in einem Male durchzusetzen vermöchten, in den Stand gesetzt würden, diesen Zweck in mehreren Malen zu erreichen, so hat es der Richter ja vollständig in der Hand, die theilweise Ablösung da zu verbieten, wo damit die Erreichung eines sonst nicht erreichbaren Zweckes, also eine Umgehung des Gesetzes beabsichtigt wird und er braucht daher keineswegs die theilweise Ablösung auch in andern Fällen, wo für eine solche Absicht nichts vorliegt, zu verbieten; daß aber im vorliegenden Falle etwas derartiges von der Klägerin beabsichtigt werde, dafür liegt nicht das Geringste vor, ganz abgesehen davon, daß es sehr fraglich ist, ob der Zweck, d. h. die Ablösung der ganzen Servitut hier auf diesem Wege überhaupt erreicht werden könnte. Ueberdem ist es ja selbstverständlich, daß in Fällen, wo eine theilweise Ablösung einer auf Revers beruhenden Beschränkung der Baufreiheit wegen veränderter Verhältnisse stattfindet, der neu geschaffene Zustand in den lokalen Verhältnissen seinerseits nicht als Grund für eine weitere Reduktion des Reverses angesehen werden kann, sondern die Beschränkung der Baufreiheit bleibt soweit im ganzen Umfange bestehen, als nicht ausdrücklich die richterliche Ermächtigung zu gewissen, dem Reverse entgegenstehenden Vorkehrungen gegeben ist. Im vorliegenden Falle kann es also nur die Meinung haben, daß der ursprüngliche Inhalt des dem Beklagten zustehenden Reverses in der Weise modificirt werde, daß das Bauverbot in Zukunft jede Baute ausschliesse, welche den neu zu schaffenden Zustand in irgend welcher Weise verändern würde. Eine weitere Einschränkung des Reverses wäre nur möglich, sofern eine erhebliche Veränderung der *äusseren*, von dem Willen des jeweiligen Eigenthümers des belasteten Platzes unabhängigen und für die Bedeutung der Servitut in Betracht fallenden Verhältnisse einträte.

Die Nichtigkeitsbeschwerde

gegen Urtheile, welche ans Bundesgericht weiter gezogen werden können. Umfang ihrer Zulässigkeit.

Kassationsgericht Zürich.
16. September 1889.

Ueber die Frage, ob und in weit in denjenigen Fällen, in welchen der obergerichtliche Entscheid an das Bundesgericht weiter gezogen werden kann, auch gleichzeitig noch die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde zuläßig sei, sprach sich das zürcherische Kassationsgericht in einem Urtheil vom 16. September 1889 wie folgt aus:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird auf die Ziffern 6, 7 und 9 des Rechtspflegegesetzes gegründet, indem dem Vorderrichter Verweigerung des rechtlichen Gehörs, verschiedene

aktenwidrige Annahmen und die Verletzung einer ganzen Reihe von Artikeln des eidgenössischen Obligationenrechts zur Last gelegt werden.

Was aber die letztern betrifft, so hat das Kassationsgericht sich nicht damit zu befassen. Wie nämlich dießseitige Stelle schon früher, so am 9. September 1885 in Sachen Götz sich ausgesprochen hat, ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber das außerordentliche Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde nur für diejenigen Fälle habe einführen wollen, in denen den Parteien kein ordentliches Rechtsmittel zur Anfechtung eines Entscheides, durch welchen sie sich beschwert glauben, zusteht. Nun ist aber durch das Bundesgesetz vom 27. Brachmonat 1874, Art. 29, bestimmt, daß in Rechtsstreitigkeiten, welche von kantonalen Gerichten nach eidgenössischen Gesetzen zu entscheiden seien und deren Gegenstand, soweit er bei dem letzten Entscheide der kantonalen Gerichte noch streitig gewesen sei, einen Hauptwerth von mindestens 3000 Fr. habe, jeder Partei das Recht zustehe, bei dem Bundesgerichte die Abänderung des letztinstanzlichen kantonalen Haupturtheils nachzusuchen. Es ist also für solche Fälle ein ordentliches Rechtsmittel, dem, wenn es auch im Gesetze nicht ausdrücklich gesagt ist, Suspensivkraft zukommt, geschaffen und daher besteht kein Bedürfniß, zur Prüfung von Fragen, welche das Bundesgericht zu lösen hat, auch noch das Kassationsgericht in Anspruch zu nehmen.

Damit ist aber nicht gesagt, daß in jedem Falle, wo eine Partei den obergerichtlichen Entscheid an das Bundesgericht weiterziehen kann, eine kantonale Nichtigkeitsbeschwerde überhaupt ausgeschlossen sei. Es ist denkbar, daß neben bundesgesetzlichen Bestimmungen auch Sätze des kantonalen Rechtes zur Anwendung kommen und in dieser Richtung steht dem Bundesgerichte, wie dasselbe z. B. am 12. Februar 1885 in Sachen Ringger ca. Ringger ausgesprochen, die Befugniß zur Ueberprüfung des kantonalen Entscheides nicht zu (Bdg. Entsch. Bd. XI S. 69 u. f.). Ferner hat das Bundesgericht nach Art. 30, Absatz 4 des citirten Bundesgesetzes seinem Urtheile den von den kantonalen Gerichten festgestellten Thatbestand zu Grunde zu legen und ist nur dann berechtigt, eine Aktenvervollständigung anzuordnen, wenn über entscheidende bestrittene Thatsachen durch die kantonalen Gerichte ein Beweis überhaupt nicht zugelassen worden ist. Nun ist aber möglich, daß der kantonale Richter bei Feststellung des Thatbestandes sich Fehler hat zu Schulden kommen lassen, welche einzig vermittelst einer kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde berichtigt werden können. Es ist daher auf die einzelnen als Nichtigkeitsgründe geltend gemachten Punkte einzutreten, soweit sie sich nicht auf Verletzung bundesgesetzlicher Vorschriften beziehen.

Im Anschluß an diese allgemeinen Ausführungen wurde in zwei Punkten, in denen der Nichtigkeitsgrund der Verweigerung des rechtlichen Gehörs mit Rücksicht darauf geltend gemacht worden war, daß der Vorderrichter den für erhebliche Thatsachen anerbotenen Beweis nicht abgenommen habe — erklärt, daß es nicht nöthig sei, über die Frage der Begründetheit des genannten Kassationsgrundes zu entscheiden, weil hier der letzte Satz von Art. 30 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege zur Anwendung komme. Denn, da über die fraglichen Thatsachen kein Beweis zugelassen worden sei, könne das Bundesgericht, wenn es dieselben erheblich finde, eine Aktenvervollständigung anordnen und nach der citirten Gesetzesbestimmung sonach der Beschwerdesteller vermittelst eines ordentlichen Rechtsmittels zu seinem Rechte gelangen, weßhalb ihm das außerordentliche der Nichtigkeitsbeschwerde nicht zustehe.

In einem dritten Punkte hatte sich der Beschwerdeführer deßwegen über Verweigerung rechtlichen Gehörs beklagt, weil das Obergericht, nachdem es im Gegensatz zur ersten Instanz davon ausgegangen sei, daß der Hauptbeweis ihn und nicht seinen Gegner treffe, ihm keine Frist zur Leistung dieses Beweises eingeräumt habe. Darauf antwortete das Kassationsgericht:

Es ist richtig, daß wenn einer Partei der Hauptbeweis über eine bestrittene Thatsache aufgelegt worden ist, die Gegenpartei, falls

sie überzeugt ist, daß dieser Hauptbeweis nicht werde erbracht werden können, keine Veranlassung hat, Gegenbeweise anzubieten, während ihr solche zu Gebote stünden. Es ist daher allerdings als nicht correct zu betrachen, wenn die zweite Instanz, falls sie über die Beweislast anderer Meinung ist als die erste, dem nach ihrer Auffassung Hauptbeweispflichtigen nicht Gelegenheit gibt, allfällig ihm zu Gebote stehende Beweismittel noch beizubringen. Indessen kann im vorliegenden Falle doch nicht von Verweigerung des rechtlichen Gehörs die Rede sein. Denn der Beschwerdeführer hat, wenn auch nach dem erstinstanzlichen Beweisdekrete nur in der Form von Gegenbeweisanträgen für den von ihm behaupteten Sachverhalt, bezüglich dessen er nach Ansicht der zweiten Instanz hauptbeweispflichtig ist, verschiedene Beweissätze und Beweismittel bezeichnet und die Appellationskammer hat diese Beweisanerbieten aus keineswegs offenbar unstichhaltigen Gründen als zur Leistung des fraglichen Beweises ungenügend bezeichnet und nach der Natur der Sache ist nicht anzunehmen, daß dem Beschwerdeführer bessere als die schon bezeichneten Beweismittel zu Gebote stehen, wie er denn auch in der Nichtigkeitsbeschwerde keine solchen genannt hat. Dazu kommt, daß die Frage der Beweislast eine Frage des materiellen Rechtes ist, somit das Bundesgericht, welches in dieser Sache angerufen ist, auch hierüber sein Urtheil abgeben wird und daß dasselbe, wenn es finden sollte, einer Partei seien über erhebliche von ihr zu beweisende Thatsachen keine Beweise abgenommen worden, sich durch Art. 30 des citirten Bundesgesetzes nicht gehindert erachten wird, das Beweisverfahren zu ergänzen.

Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.

Soeben erschien:

Die Sachmiethe

nach dem

Schweizerischen Obligationenrechte,

mit Berücksichtigung

des gemeinen Rechtes

und des

Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches

für das deutsche Reich.

Von

J. Heuberger

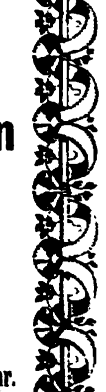
brochirt 8° 240 Seiten Preis 6 Frk.

Dieses Buch bespricht in ganz einläßlicher und gründlicher Weise die Bestimmungen des schweizerischen Obligationenrechtes über die **Miethe**, welche im Leben eine so wichtige Rolle spielt. Dasselbe ist nicht nur für Advokaten und Richter bestimmt. Jedermann, der wissen will, was unser Gesetz über den Miethvertrag vorschreibt, kann dieses Buch konsultiren und wird in demselben über die vielen und oft schweren Rechtsfragen, welche bei den Gesetzesvorschriften über die Miethe zur Sprache kommen, bestimmten, klaren und zuverläßigen Rath finden.

Da die meisten Vorschriften des Gesetzes über die **Miethe** mit denjenigen über die **Pacht** übereinstimmen, so versteht es sich von selbst, daß dieses Buch auch für die letzteren von Bedeutung und Werth ist.

Für die Tüchtigkeit des Buches bürgt auch die Persönlichkeit des Autors. Dessen Werk über **die zeitlichen Grenzen der Wirksamkeit des schweizerischen Obligationenrechts** fand als gründliche und zuverläßige Arbeit allgemeine Anerkennung. Viele Gerichte der Schweiz haben sich in ihren Entscheidungen auf dasselbe berufen. Wir zweifeln nicht, daß dieses auch bei dem Werke des Verfassers über die Miethe der Fall sein wird.

Zu beziehen durch alle Buchhandlungen. 



Carl Heymanns Verlag, Berlin W.

Soeben erschien:

Die patentamtlichen und gerichtlichen

Entscheidungen in Patentsachen

nach der

Reihenfolge der Bestimmungen des Patentgesetzes

systematisch zusammengestellt und herausgegeben

von

Dr. Carl Gareis,

Professor an der Universität Königsberg.

Band VI. Geb. Preis M. 5.

Band I, IV, V Mark 5, Band II und III Mark 4, bei postfreier Zusendung je 20 Pf. mehr.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

15. Dezember 1889. VIII. Band. № 23.

Schweizer Blätter für

Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter“ erscheinen alle 14 Tage und können bei allen Poststellen in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in allen Buchhandlungen abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die „Amerikanische Schweizer-Zeitung“, 18 Ann Str., New-York.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

INHALT:

Der Steuerprozess

der Schweizerischen Rentenanstalt gegen den zürcherischen Fiscus.

Urtheil der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes vom 16. November 1889.

Die Schweizerische Rentenanstalt wurde im Jahre 1857 unter der Aegide und materiellen Mitwirkung der schweizerischen Kreditanstalt in Zürich gegründet. Nach den revidirten Statuten vom Oktober 1859 (publizirt im Januar 1860) erscheint sie als eine *abgesonderte* Unternehmung der Kreditanstalt. Diese schießt ihr das Betriebskapital verzinslich vor und ist den Einlegern der Anstalt mit ihrem gesammten Vermögen unbedingt haftbar, währenddem die Aktiven der letztern niemals für die Schulden der Kreditanstalt beansprucht werden können. Vom Reingewinn, der nach Rückzahlung der vorgeschossenen Betriebsgelder und nach Abzug des Deckungskapitals für die Versicherungen und der Verwaltungskosten übrig bleibt, werden hier zugeschieden:

$^5/_{10}$ den Einlegern,
$^1/_{10}$ dem Bureau der Rentenanstalt,
$^4/_{10}$ der Kreditanstalt.

Der § 7 dieser Statuten bestimmt: „Die $^5/_{10}$ Reingewinn der Einleger werden zu Gunsten der Todes- und Lebensversicherten als Gewinnfonds verwaltet, dessen Zinse sich in die allgemeinen Einnahmen rechnen. Der Todesversicherte kann vom Zeitpunkte an, wo seine Einlagen mit Zinseszins die Höhe der Versicherungssumme erreicht haben, seinen Gewinnantheil Jahr um Jahr beziehen resp. an der Prämie abrechnen oder es wird ihm derselbe mit Zinseszins von dort an aufgesammelt und nach seinem Ableben gleichzeitig mit der Versicherungssumme ausbezahlt. Die Lebensversicherten beziehen den Gewinnantheil gleichzeitig mit der Versicherungssumme . . . . und der § 8 sagt: Ergibt die Jahresrechnung Verlust, so ist derselbe sofort aus dem Gewinnfonds und soweit dieser nicht ausreicht aus dem Vermögen der Kreditanstalt zu decken.“

Im Jahre 1870 trat das heute noch geltende Steuergesetz in Kraft. Dasselbe bestimmt unter dem Titel „Steuerpflicht“:

1) in § 2 a: „Der Vermögenssteuer ist unterworfen das in und außer dem Kanton befindliche Gut eines im Kanton wohnenden Bürgers oder Niedergelassenen *oder einer im Kanton bestehenden Korporation*“;

2) in § 3 a, b und c, welches Vermögen ausnahmsweise nicht steuerpflichtig sei;

3) in § 6: „Bei Berechnung des Vermögens von im Kanton wohnenden Pflichtigen sind von dem Gesammtwerth des Besitzthums allfällige Schulden in Abzug zu bringen";

4) in § 10: „Streitigkeiten über die Frage, ob ein Vermögens- oder Einkommenstheil steuerpflichtig sei, werden von der Finanzdirektion unter Vorbehalt des Rekurses an den Regierungsrath entschieden."

Die Ausmittlung des steuerbaren Vermögens findet alle drei Jahre statt. Der Pflichtige taxirt sich zunächst selbst, dann kommt die Taxation der Steuerkommission und wer sich diese nicht gefallen lassen will, kann entweder an die Rekurskommission gelangen oder die amtliche Inventarisation begehren. Wer das letztere thut, hat ein Vermögensinventar anzufertigen, das zunächst der sogenannten Schatzungskommission vorgelegt wird. Kann sich dann aber diese nicht einigen, so steht dem Pflichtigen das Recht der Berufung auf die Expertenkommission zu. Der § 30 des Gesetzes sagt: „Diese (die Expertenkommission), aus drei Mitgliedern bestehend, wird vom Bezirksgerichte gewählt und entscheidet, nachdem sie vorher die Betheiligten gehört, *endgültig* über den dem fraglichen Vermögen oder Einkommen zuzuschreibenden Umfang *und* Werth sowie über die Auferlegung der Kosten der Schätzung."

Nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes hat der Regierungsrath bezügich der Besteuerung von Aktiengesellschaften und Korporationen mit Theilrechten folgende allgemeine Normen festgesetzt:

Aktiengesellschaften haben ihre Reserven zu versteuern.

Die Aktien werden von den Inhabern versteuert.

Das Vermögen der Korporationen mit Theilrechten und von Handlungsgesellschaften ist von den einzelnen Theilhabern zu versteuern.

Für das Jahr 1870 taxirte die Steuerkommission das Vermögen der Rentenanstalt auf 600,000 Fr.; diese verlangte amtliche Inventarisation, weil sie keinerlei *Rein*vermögen besitze, allein Finanzdirektion und Regierungsrath stellten sich auf den Standpunkt, die Frage sei die, ob der Gewinnfonds der Rentenanstalt steuerpflichtig sei oder nicht und erklärten deßhalb unter Berufung auf den § 10 des Steuergesetzes, daß nur sie darüber zu entscheiden befugt seien, weßhalb eine bezügliche Beschwerde an die Finanzdirektion eingereicht werden müsse. Diese erfolgte, wurde aber sowohl von der letztern als vom Regierungsrath abgewiesen und erkannt: „Der sogenannte Gewinnfonds der Rentenanstalt ist vermögenssteuerpflichtig." In der Begründung ist gesagt: Der Gewinnfonds sei vor allem und in erster Linie ein Reservefonds der Anstalt, denn das erste Nutzungsrecht an demselben stehe der Kreditanstalt und den Beamten der Rentenanstalt zu; zum Anrecht der Versicherten werde der Fonds erst in dritter Eventualität, *ein wirkliches Theilrecht besitzen indessen dieselben daran nicht*, sondern es lösen sich nur von Zeit zu Zeit im Unterschied zu den meisten andern Reservefonds succesive einzelne Bestandtheile zu Handen solcher Versicherten ab, welche gewisse Bedingungen erfüllen und diese Theile hören allerdings mit ihrer Ablösung auf, Gewinnfonds zu sein. Die Versicherten stellen sich, soweit ihr Anspruch auf den Gewinnfonds gehe als eine Korporation *ohne Theilrechte* dar, deren Vermögen als Ganzes zu versteuern sei. Daß der Gewinnfonds in den Büchern der Rentenanstalt nicht nur als Aktivum, sondern auch als Passivum zu Gunsten der Einleger aufgeführt sei, habe gar nichts zu bedeuten, denn auch die Aktiengesellschaften könnten ihren Reservefonds den Aktionären gutschreiben.

Die Jahre 1873, 1878 und 1881 brachten Taxationen durch die Steuerkommission auf 837,000, 1,520,000 und 2,565,900 Franken. Im ersten Jahr hielt die Rentenanstalt Angesichts der Vorgänge vom Jahr 1870 eine Beschwerde für aussichtslos und erklärte dieß der Finanzdirektion mit dem Beifügen, daß sie im Uebrigen durchaus daran festhalte, außer der Kapitalreserve kein Reinvermögen zu besitzen. In den Jahren 1878 und 1881 verlangte sie neuerdings amtliche Inventarisation, allein diese wurde nicht zugelassen und einfach erklärt, daß der ganze Gewinnfonds steuerpflichtig sei.

Im Jahre 1885 vollzog sich durch Aenderung der Statuten eine völlige Ablösung der

ntenanstalt von der Kreditanstalt. Die ıen Statuten sagen in dem § 15: „Ergibt Jahresrechnung einen Ueberschuß, so fällt selbe in den Gewinnfonds, welcher die Bemmung hat, an die Versicherten ausgeilt zu werden nach Maßgabe der §§ 25, und 11 d." Die letztere Bestimmung weißt m Aufsichtsrath die Genehmigung der Ange des Direktors über etwaige Einführung iterer Modalitäten für die Austheilung der berschüsse zu. Der § 25 sagt, daß die rsicherung aufs Ableben ein Anrecht auf ne Gewinnaltersrente gebe, deren Bezug für n einzelnen Versicherten mit dem Jahre ginne, in welchem seine Einlagen sammt % Zinseszins die Höhe der Versicherungsımme erreicht haben. Und der § 35 beimmt endlich, daß auch die Aussteuerverherten und zwar gleichzeitig mit der Vercherungssumme einen Antheil am Rechnungsewinn erhalten.

Im nämlichen Jahr 1885 wurde die Rentennstalt auf 3,385,900 Frkn. taxirt, sie aneranntе indessen nur ein Reinvermögen von 00,000 Fr. (Betrag der Kapitalreserve) und erlangte amtliche Inventarisation. Diesem Begehren wurde nun auf einmal Folge geeben und die Angelegenheit an die Schätzıngskommission überwiesen. Bei dieser war ine Einigung nicht möglich und da hierauf lie Rentenanstalt die Expertenkommission anief, so bestellte das Bezirksgericht Zürich lieselbe aus den Herren Professoren Dr. Speiser und Kinckelin in Basel und Rebstein n Zürich mit der genau an den Wortlaut les § 30 des Steuergesetzes sich anlehnenlen Aufgabe, einen Entscheid darüber abzugeben, welchen Umfang und Werth das Vermögen der Rentenanstalt habe. Die Finanzdirektion bestritt der Expertenkommission die Kompetenz zum Entscheide darüber, ob der Gewinnfonds steuerpflichtig sei oder nicht und anerkannte deren Zuständigkeit nur bezüglich der Frage, wie groß der Gewinnfonds sei, was so viel heißen wollte, daß dieselbe über etwas gar nicht Streitiges urtheilen soll. Die Kommission antwortete aber, daß für sie einzig der Auftrag des Bezirksgerichtes maßgebend sei, daß nach diesem über Umfang und Werth des Vermögens der Rentenanstalt ein Entscheid abzugeben sei, daß um den Umfang des Vermögens zu bestimmen nach § 6 des Steuergesetzes allfällige Schulden abgezogen werden müssen und daß deßhalb die Kommission, wenn sie die gestellte Aufgabe überhaupt lösen wolle, über die Behauptung der Rentenanstalt, daß der Gewinnfonds sich nicht als ein reines Aktivum, sondern mit ebenso viel Passiven belastet darstelle, urtheilen müsse.

Der Entscheid (gefällt am 8. Januar 1887) lautet dahin: „Umfang und Werth des Vermögens der Rentenanstalt betragen dermalen 200,000 Fr."

Die Begründung dieses Entscheides ist in der Hauptsache folgende:

1. Es handelt sich nicht um die Beurtheilung der Steuerpflicht des Gewinnfonds als Vermögenstheil, sondern darum, ob der Gewinnfonds ein Aktivum oder Passivum der Rentenanstalt sei, indem hiedurch Umfang und Werth ihres Vermögens bestimmt werden.

2. Die Rentenanstalt ist eine gegenseitige Lebensversicherungsgesellschaft d. h. eine Genossenschaft, deren Mitglieder, die Versicherten, sich zur Zahlung gewisser Leistungen verpflichten, damit die Genossenschaft daraus gewisse Summen unter den durch den Versicherungsvertrag festgestellten, hauptsächlich an das Leben oder den Tod, an die Gesundheit oder Krankheit der Genossen geknüpften Bedingungen an die berechtigten Genossen ausrichte. Die eingezahlten Beträge und deren Ertrag (Zinsen, Gewinn etc.) bilden in ihrer Gesammtheit ein Guthaben der Mitglieder, das in der durch den Versicherungsvertrag angegebenen Form und Weise zur Auszahlung an die Genossen kommt und in Folge dessen eine Schuld der Genossenschaft darstellt. Ob die Leistungen der Mitglieder einer- und diejenigen der Genossenschaft anderseits von vornherein fest fixirt oder veränderlich sind, ist gleichgültig.

3. Von den Prämien und ihrem Ertrag muß die Genossenschaft einen Theil behufs zukünftiger Verwendung in den gegebenen Fällen zurückhalten und ansammeln, wenn sie nicht dem Untergang anheimfallen will. Diesen auf dem Wege der Schätzung gewonnenen Betrag nennt man das Deckungs-

kapital und der *ausser* demselben und den *laufenden* Verbindlichkeiten in der Kasse vorhandene Betrag wird sehr uneigentlich der Gewinn der Gesellschaft genannt und dient zur Ausrichtung der Gewinnaltersrenten an die Versicherten auf Ableben und des Antheils am Rechnungsgewinne an die Inhaber von Aussteuerpolicen.

4. Die Rentenanstalt zahlt den Gewinn nicht alljährlich in seinem ganzen Umfange, sondern in der Form von Leibrenten aus und damit sie das kann, muß sie jedes Jahr einen Theil desselben für die Rentenbezüge der folgenden Jahre zurückbehalten, was zur Folge hat, daß der Berechtigte, auch wenn einmal kein Gewinn gemacht wird, doch die aus dem Gewinn der frühern Jahre resultirende Rente empfängt. Der Gewinnfonds bildet daher das Deckungskapital für die Gewinnaltersrenten und den Gewinnantheil der auf Aussteuer Versicherten und daran ändert der Umstand gar nichts, daß allfällige Jahresverluste aus demselben zu decken sind und die Renten den austretenden Mitgliedern verloren gehen, denn das Alles ist im Versicherungsvertrag vorgesehen und was den einen verloren geht, kommt den andern zu. Für die Rente wird ein Zuschlag zur Nettoprämie bezahlt und die Versicherten rechnen ganz bestimmt auf dieselbe als Aequivalent dieses Zuschlages, wie denn auch die Anstalt sich in den Policen ausdrücklich nicht nur zur Auszahlung des festen Versicherungsbetrages, sondern auch der veränderlichen Gewinnsrente verpflichtet.

5. Die Finanzdirektion bestreitet mit Unrecht, daß bezüglich des Gewinnfonds Theilrechte im Sinne von § 6 der Anleitung zur Selbsttaxation bestehen. Denn wie nachgewiesen, bildet er das Deckungskapital für die Gewinnrenten und es wird jedem einzelnen Mitgliede sein Antheil davon herausgerechnet und die daraus folgende Rente bestimmt, die Rentenberechnung aber wird so geführt, daß mit dem Ableben der betreffenden Mitglieder die Rente voraussichtlich und im Durchschnitt das eingelegte Kapital d. h. das jährlich dafür reservirte Deckungskapital aufgezehrt hat. Die Anerkennung von Theilrechten am Deckungskapital der festen Versicherungsbeträge involvirt ohne Weiters auch die Anerkennung solcher am Gewinnfonds, eine verschiedene Behandlung ist absolut unverständlich.

6. Ganz anders dagegen verhält es sich mit der Kapitalreserve der Rentenanstalt im gegenwärtigen Betrage von 200,000 Fr.; dieselbe ist nicht zur Vertheilung und Auszahlung bestimmt, sie wird auch in keiner Weise weder für die festen noch für die veränderlichen Versicherungsbeträge in Mitleidenschaft gezogen. Sie bleibt in jeder Beziehung außer dem Bereiche des Versicherungsbetriebes und muß daher als ein allgemeines Korporationsvermögen, mithin als ein Aktivum und nicht als ein Passivum der Anstalt angesehen werden und unterliegt als solches der Steuerpflicht.

Noch bevor diese Entscheidung abgegeben wurde, erfolgte die Taxation pro 1886 mit 3,594,509 Frkn., die Rentenanstalt verlangte wieder amtliche Inventarisation, fügte aber bei, daß es Angesichts der Gleichheit der Verhältnisse wohl richtig wäre, einfach den Entscheid der Expertenkommission pro 1885 abzuwarten, weil derselbe ja auch für die Folgezeit maßgebend sein müsse. Damit war indessen die Finanzdirektion nicht einverstanden, sondern sie verlangte, daß die Taxation pro 1886 unabhängig von derjenigen pro 1885 behandelt und durchgeführt werde und blieb auch dabei, als sie das Urtheil der Expertenkommission pro 1885 im Februar 1887 empfangen hatte, ja sie ging noch weiter und versagte dem Entscheid auch pro 1885 die Anerkennung, weil die Expertenkommission ihre Kompetenz überschritten habe.

Im September 1887 wandte sich die Rentenanstalt an den Bundesrath und an das Bundesgericht, der erstere sollte die zürcherische Regierung veranlassen, von der bisher zwangsweise geübten ungesetzlichen Besteuerung der Rentenanstalt abzustehen und vom Bundesgericht wurde Verurtheilung des Fiskus zur Rückzahlung der unrechtmäßig bezogenen Steuern verlangt. Der Bundesrath erkannte auf Abweisung und das Bundesgericht auf Nichteintreten wegen Inkompetenz.

Die Rentenanstalt hat für die Jahre 187[illegible] bis und mit 1888 an Staatssteuern (auf dem

Gewinnfonds allein) 122,136 Fr. 70 bezahlt und diesen Betrag klagte sie nun im Januar 1889 beim Bezirksgericht Zürich mit einer Rückforderungsklage gegenüber dem Fiskus ein nebst 5 % Zins von den einzelnen Zahltagen angerechnet. Das Bezirksgericht erkannte auf gänzliche Klagabweisung bezüglich der die Jahre 1870 bis und mit 1885 berührenden Steuerbetreffnisse und auf Abweisung *zur Zeit* bezüglich der Steuern pro 1886 bis und mit 1888, das letztere deßwegen, weil das Taxationsverfahren bezüglich dieser Jahre noch schwebend und einzig von seinem Ausgang abhängig sei, ob Steuern zurückbezahlt werden müssen oder nicht.

Die Rentenanstalt appellirte, unterlag aber auch vor Obergericht.

Gründe:

1. Die Steuerrückforderung gründet sich auf die Behauptung, der Gewinnfonds der Klägerin dürfe nicht als ihr *Rein*vermögen betrachtet werden, weil auf der Rentenanstalt als juristischer Person statutarisch und durch Policenvertrag mit jedem einzelnen Versicherten die Schuldpflicht hafte, die als Gewinnfonds angesammelten Rechnungsüberschüsse an die Versicherten in Form von Altersrenten aushinzuzahlen, diese Renten somit als Schulden auf dem Gewinnfonds haften und zwar in voller Höhe desselben, sodaß der Fonds nach der passiven Seite hin nichts anderes sei als die Summe der Rechtsansprüche aller einzelnen Versicherten. Denn daraus folge die Unrichtigkeit der Besteuerung und aus dieser ergebe sich die Pflicht des Beklagten, die seit 19 Jahren für den Fonds aufgelegte und bezogene Steuer als ein indebitum zurückzuerstatten.

2. Es ist nicht bestritten, daß Klägerin die von ihr zurückgeforderten Beträge in der That als Steuern bezahlt hat und es unterliegt auch rechtlich keinem Zweifel, daß die Forderung an sich begründet ist, wenn der Gewinnfonds der Klägerin nicht als ein reines Aktivum, sondern vielmehr als mit ebensoviel Passiven belastet sich darstellt; denn bei Berechnung des steuerpflichtigen Vermögens von im Kanton wohnenden Steuerpflichtigen sind von dem Gesammtwerth des Besitzthums allfällige Schulden in Abzug zu bringen (§ 6 des Steuergesetzes), ungesetzlich bezogene Steuern aber sind selbstverständlich zurückzuerstatten an denjenigen, der sie bezahlt hat. Der Ausgang des vorliegenden Streites hängt also wesentlich von der Entscheidung der Frage ab, ob der sogenannte Gewinnfonds der Klägerin als ein Bestandtheil ihres Reinvermögens aufzufassen sei oder nicht.

3. Bezüglich der Frage, wem der Entscheid hierüber zustehe, hebt der Vertreter der Klägerin im Allgemeinen hervor, daß bei Steuerstreitigkeiten zu unterscheiden sei zwischen solchen, welche an sich unzweifelhaft öffentliches Recht berühren und daher den administrativen Behörden zufallen und solchen, welche an sich civilrechtlicher Natur seien, daher von den Gerichten zu entscheiden seien und er citirt als Autorität Bluntschli (allgemeines Staatsrecht, 6. Auflage, Seite 364), welcher sich dahin ausspricht: „die Fragen, ob eine Steuer rechtmäßig befohlen worden sei, ob gewisse Klassen von Personen steuerpflichtig seien oder nicht, ob bei dem Ansatze der Steuer diese oder jene Vermögenstheile in Berechnung zu bringen seien, sind keine Justizsachen, sondern von der Staatsgewalt, welche die Macht der Besteuerung ausübt, zu entscheiden. In einer Beziehung indessen kann füglich auch die Steuerfrage als Justizsache erklärt und behandelt werden. Wenn nämlich das Prinzip der Steuer und die Grundsätze ihrer Erhebung nicht bestritten werden, sondern nur darüber Widerspruch erhoben wird, daß die thatsächlichen Voraussetzungen im einzelnen Falle in der Person des Steuerpflichtigen vorhanden seien, welche der Steuerforderung als privatrechtliche Unterlage zu Grunde liegen, z. B. wenn das Individuum, von welchem eine Steuer verlangt wird, behauptet, es besitze die Vermögensstücke nicht, auf welche die Steuer verlegt worden oder es habe nicht so viel Vermögen als bei Ansetzung der Steuer angenommen worden, so ist es offenbar, daß hier eine privatrechtliche Frage zur Beurtheilung kommt und demgemäß haben dann auch, wenn auf die Natur der Dinge geachtet wird, die Gerichte darüber zu urtheilen." Zu betonen ist aber hiebei, daß auch Bluntschli

selbst nur sagt, es *könne füglich* auch die Steuerfrage in einer Beziehung als Justizsache behandelt werden; er schließt also nicht etwa das Gegentheil als rechtlich widersinnig aus. Auch erwähnt der Vertreter der Klägerin selbst einer Reihe von Rechtslehrern, welche *sämmtliche* Fragen, die irgend wie mit dem Steuerrechte zusammenhängen, dem öffentlichen Rechte und die Entscheidung darüber den administrativen Staatsbehörden zuweisen. Ebenso ist in den Erwägungen des bundesgerichtlichen Urtheils vom 3. Februar 1888 mit Recht darauf hingewiesen worden, daß, auch wenn es sich lediglich um die Taxation des steuerpflichtigen Vermögens handle, doch stets der öffentlich rechtliche Steueranspruch des Staates im Streite liege und daß der Unterschied zwischen diesem Falle und demjenigen der Bestreitung der Steuerpflicht an sich nur der sei, daß, wenn bloß die Taxation bestritten werde, der öffentlich rechtliche Anspruch des Staates nicht dem Grundsatze, sondern nur dem Maße nach bestritten werde. In der That ist die Verpflichtung der Staatsangehörigen, Steuern zu bezahlen, gleich wie diejenige, Militärdienst zu leisten, oder Eigenthum zu öffentlichen Zwecken abzutreten und ähnliche durchaus eine Verpflichtung öffentlich rechtlicher Natur und begründet nicht einen bloß privatrechtlichen Anspruch des Fiskus. Die Verpflichtung des Einzelnen kann gegebenenfalls Gegenstand einer Verwaltungsstreitigkeit, nie aber Gegenstand eines gewöhnlichen Zivilprozesses sein.

4. Was nun speziell die zürcherische Gesetzgebung anbelangt, so hatten allerdings die §§ 48 u. f. des Gesetzes betreffend die Vermögens- und Einkommenssteuer vom 14. Februar 1861 (Off. Samlg. Bd. XII S. 458) dem Pflichtigen die Berufung an die Gerichte vorbehalten und es ist diese Bestimmung auch noch in das Gesetz betr. die Erbschaftssteuer vom 20. Februar 1870 übergegangen. Allein auch in allen diesen Fällen hat sich die Natur der Forderung nicht ändern können, sondern es ist der anscheinende Widerspruch dahin zu lösen, daß den Gerichten in solchen Fällen die Verwaltungsgerichtsbarkeit übertragen wurde ausnahmsweise und nur in der Ausdehnung der Ausnahmsbestimmung. Gerade das im vorliegenden Fall zur Anwendung kommende Gesetz betreffend die Vermögens-, Einkommens- und Aktivbürgersteuer vom 24. April 1870 hat die Administrativkompetenz der Gerichte beschränkt auf den einzigen Fall des § 39 daselbst (offiz. Samlg. XV 348) und auf die Bestellung der Expertenkommission nach § 30 des nämlichen Gesetzes. Daß aber diese Expertenkommission dadurch nicht ein Glied der bürgerlichen Rechtssprechung werde, ist in dem Entscheide des Kassationsgerichtes i. S. Konsumverein Zürich vom 9. Mai 1883 (R. B. 1883 No. 107) einläßlich begründet worden.

5. Der vorliegende Fall ist zu entscheiden auf Grund des Gesetzes betr. die Vermögens- und Einkommenssteuer vom 24. April 1870, dessen § 10 bestimmt, daß Streitigkeiten über die Frage, ob ein Vermögens- oder Einkommenstheil steuerpflichtig sei, von der Finanzdirektion unter Vorbehalt des Rekurses an den Regierungsrath zu entscheiden seien. Dieses Gesetz behandelt in seinem ersten Theile die Frage, was zu versteuern sei und wer hierüber zu entscheiden habe, während im zweiten Theil das Taxationsverfahren über *ausgemittelte* Vermögenstheile geordnet ist. Der citirte § 10 findet sich am Schlusse des ersten Titels und es kann somit nicht in Zweifel gezogen werden, daß es ausschließlich die Verwaltungsbehörden sind, welchen der Entscheid darüber zukommt, was mit Steuern zu belegen sei.

6. Nun behauptet die Klägerin freilich, der citirte § 10 beschränke die Kompetenz der Finanzdirektion auf die staatsrechtliche Frage, ob bei liquidem Reinvermögen von der Besteuerung desselben aus einem der in § 3 a—d aufgeführten Gründe öffentlich rechtlicher Natur abgesehen werden könne, also auf die Frage der Steuerfreiheit; derselbe hätte daher lediglich an den § 3 angeschlossen werden wollen und sei nur aus zufälligen Gründen und unrichtiger Weise an den Schluß des ganzen ersten Abschnittes gestellt worden; wenn endlich in § 2 bereits gesagt sei, was der Steuer unterliege bezw. wenn § 2 lit. a festsetze, daß das ganze Reinvermögen einer physischen Person oder einer Korporation

steuerpflichtig sei, so habe es nicht in das Belieben der Verwaltungsbehörden gelegt werden können, darüber zu entscheiden, ob noch etwas Weiteres mit der Steuer belegt werden müsse. Allein mag es sich hiemit verhalten wie es will, so stellt sich immerhin die in concreto zu beurtheilende Frage als eine solche dar, die im Sinne des geltenden Gesetzes von den Verwaltungsbehörden zu entscheiden ist.

7. Als mit ihrem Vermögen steuerpflichtige Korporationen sind von jeher im Kanton Zürich auch die Aktiengesellschaften und die auf Gegenseitigkeit gegründeten Versicherungsgesellschaften gerechnet worden. Zu den letztern gehört auch die Rentenanstalt, welche sich, auch nach der Auffassung der Expertenkommission, als eine Genossenschaft im Sinne des Obligationenrechtes darstellt (vergleiche auch Schneider, Kommentar zum O.-R. Art. 678 Note 3). Nun ist zuzugeben, daß das Vermögen solcher juristischer Personen in manchen Beziehungen von demjenigen einer Privatperson juristisch verschieden ist und daß es daher de lege ferenda kaum gerechtfertigt ist, dasselbe in ganz gleicher Weise wie das Vermögen von Privaten zur Steuer herbeizuziehen. Das Vermögen solcher juristischer Personen ist nämlich mit individuellen Antheilsrechten der Mitglieder belastet, welche gleichzeitig auch selbständige Vermögensbestandtheile der letztern bilden und daher auch Bestandtheil des von ihnen zu versteuernden Vermögens sein können. Das ist speziell auch der Fall bei den auf Gegenseitigkeit beruhenden Versicherungsgesellschaften (vergleiche Schneider, Kommentar zu Art. 687 des O.-R. Note 2). Daß faktisch nur die Antheilsrechte der Aktionäre, nicht auch diejenigen der Genossen einer Versicherungsanstalt zur Steuer herbeigezogen werden, beruht auf einer Verschiedenheit, welche an der prinzipiell gleichen Natur der beiderlei Rechte nichts ändert. Unzweifelhaft ist nun der sogenannte Gewinnfonds einer auf Gegenseitigkeit beruhenden Versicherungsgesellschaft, wie ihn auch die Rentenanstalt besitzt, als solcher nicht Eigenthum der einzelnen Genossen, sondern Eigenthum der Korporation und wenn die Klägerin behauptet, dasselbe werde durch die Antheilsrechte der Versicherten vollständig aufgezehrt, so verneint sie damit offenbar die Steuerpflicht selbst. Die Frage, ob diese Behauptung richtig sei, welche hinwiederum mit der rechtlichen Qualifikation dieser statutarischen Antheilsrechte zusammenfällt, stellt sich demnach einfach als die Frage über die Steuerpflichtigkeit eines ausgemittelten Vermögens dar und fällt als solche in die Kompetenz der Steuerbehörden. Hätte der Gesetzgeber an gewisse Unbilligkeiten gedacht, welche sich aus der praktischen Anwendung des Satzes, daß auch Korporationen für ihr ganzes Vermögen steuerpflichtig seien, bei einer solchen Versicherungsanstalt ergeben, so hätte er ohne Zweifel durch besondere gesetzliche Bestimmungen dieselben gehoben oder doch gemildert. Da es nicht geschehen ist, so kann es sich bei entstehendem Streite nur um die einfache Anwendung des Gesetzes handeln, welche eben Sache der Verwaltungsbehörden und nicht Sache der Gerichte ist.

8. Wenn somit die Klägerin eine Rückforderungsklage gegen die Staatskasse betreibt, so hat sie den Nachweis zu leisten, daß ein rechtskräftiger Entscheid einer zuständigen Verwaltungsbehörde bestehe, durch welchen die Nichtschuld ihrer Steuerzahlungen hergestellt wird. Bezüglich der für die Jahre 1870 bis 1884 bezahlten Steuern liegt aber ein solcher Entscheid nicht vor, vielmehr haben umgekehrt die Verwaltungsbehörden in einer Reihe von im Wesentlichen gleichlautenden Entscheiden die Steuerpflicht der Klägerin für den ganzen Gewinnfonds ausgesprochen und es ist daher die Klage, soweit sie auf diese Beträge gerichtet ist, abzuweisen.

9. Es frägt sich aber weiter, ob sich diese Sachlage geändert habe durch das Vorgehen der Finanzdirektion hinsichtlich der Besteuerung für das Jahr 1885. Die Frage ist indessen zu verneinen. Es kann davon keine Rede sein, daß die Finanzdirektion für das Jahr 1885 auf ihr Recht verzichtet habe und sich dem Entscheide der Expertenkommission habe unterziehen wollen; denn schon in dem Schreiben an den Vorsitzenden der Expertenkommission, Herrn Professor Speiser, vom

25. November 1886 hat sie Verwahrung dagegen eingelegt, daß die Expertenkommission dazu berufen sei, über Fragen der Steuerpflicht zu entscheiden, sie habe sich nur über den dem fraglichen Vermögen oder Einkommen zuzuschreibenden Umfang und Werth auszusprechen; eine Frage der Steuerpflicht sei es aber, ob der Gewinnfonds der zürcherischen Vermögenssteuer unterliege. An dieser Anschauung hat die Finanzdirektion auch seither fortwährend festgehalten und es ist die Einrede, daß die Expertenkommission die Grenzen ihrer Zuständigkeit überschritten habe nach den Ausführungen des oben citirten Entscheides des Kassationsgerichtes allerdings von den Gerichten zu würdigen.

10. Nun kann der Ansicht der Klägerin, daß die Expertenkommission lediglich im Rahmen ihrer Kompetenz sich bewegt habe und daß ihr Entscheid für die Rückforderung betreffend das Jahr 1885 als maßgebend zu betrachten sei, in der That nicht beigepflichtet werden. In dieser Richtung ist zunächst auf die Ausführungen unter Zif. 5—7 zu verweisen. Streitigkeiten darüber, was als steuerpflichtiges Vermögen zu betrachten sei, haben ausschließlich die Verwaltungsbehörden zu entscheiden, nicht die Gerichte und noch viel weniger die Expertenkommission. Dieser letztern kann einzig und allein die Frage betreffend die *Grösse* des Steuerobjektes vorgelegt werden. Die Experten haben nur zu taxiren, also keine steuerrechtlichen Fragen zu erledigen. Eine steuerrechtliche, einzig von der Verwaltungsbehörde zu lösende Frage ist aber die, ob der ganze Gewinnfonds der Klägerin mit der Steuer zu belegen sei und wenn die Klägerin und mit ihr die Expertenkommission die Verneinung dieser Frage in die Behauptung einkleiden, daß dieses Vermögen mit Schulden belastet sei, welche nach § 6 des Gesetzes in Abzug gebracht werden müssen, so geschieht das lediglich zu dem Zwecke, die Kompetenz der Expertenkommission auf dasjenige Gebiet auszudehnen, welches den Verwaltungsbehörden zukommt. Aber vollständig mit Unrecht, denn die statutarisch geordneten Antheilsrechte der Versicherten sind als Rechte der Genossen der Korporation durchaus nicht auf gleiche Linie zu stellen mit Ansprüchen dritter Personen und ebensowenig ist die durch die Statuten vorgeschriebene Art und Weise der Befriedigung dieser Ansprüche als eine Schuld der Gesellschaft, als ein Passivum, welches ihr reines Vermögen vermindert, zu behandeln. Der Entscheid der Expertenkommission vom 8. Januar 1887 beruht demnach offenbar auf einem Uebergriff in die Kompetenzen der Finanzdirektion und des Regierungsrathes und kann daher der Entscheid über die Rückforderung der für das Jahr 1885 bezahlten Steuern in keiner Weise beeinflussen. Dieser Anspruch der Klägerin ist vielmehr, weil ebenfalls von den zuständigen Behörden zu ihren Ungunsten entschieden, abzuweisen.

11. Mit Bezug auf die für die Jahr 1886 bis 1888 bezahlten Steuern hat die erste Instanz die Klage zur Zeit abgewiesen, weil ein Administrativentscheid, der die Nichtschuld ausspricht, nicht vorliegt. Auch dieser Entscheid ist einfach zu bestätigen, da die beklagte Partei nicht appellirt hat und daher ein Antrag auf definitive Abweisung der Klage in dieser Richtung nicht vorliegt.

Eine Minderheit des Gerichtes, bestehend aus drei Mitgliedern (das Urtheil ist mit Stichentscheid des Präsidenten gefällt worden) vertrat insofern eine vom Urtheil abweichende Ansicht, als sie die Rückforderungsklage der Rentenanstalt bezüglich des vom Staate *pro 1885* für den Gewinnfonds bezogenen Steuerbetrages gutheißen wollte. Die ans Protokoll gegebene Begründung dieser Ansicht lautet wie folgt:

1. Es ist mit der ersten Instanz davon auszugehen, daß der Steueranspruch des Staates ein öffentlich rechtlicher und dessen principielle und quantitative Feststellung ausschließlich Sache der im Steuergesetze genannten administrativen Behörden und Organe ist. Daraus aber folgt, daß die Rückforderung einer bezahlten Steuer auch nur auf Grund der endgültigen Feststellung des zuständigen administrativen Organs, daß der Anspruch gar nicht oder nicht im Umfang der Leistung bestanden habe, möglich ist. Eine solche Feststellung liegt nun bezüglich der von der Klägerin für

die Jahre 1870—1884 und 1886 bis und mit 1888 bezahlten Steuern nicht vor und fehlt somit dießfalls das für die Klage erforderliche Fundament, weßhalb dieselbe bezüglich der Steuerbeträge dieser Jahre verworfen werden muß; mit Bezug auf die Jahre 1886 bis und mit 1888 kann indessen aus den in Erwägung 8 des bezirksgerichtlichen Urtheils angeführten Gründen und weil der Staat dießfalls zweitinstanzlich ein Mehreres nicht verlangt hat, nur eine Abweisung zur Zeit ausgesprochen werden.

2. Anders verhält sich nun aber die Sache mit Bezug auf das Jahr 1885. Denn für dieses liegt ein Entscheid der Expertenkommission des Inhalts vor, daß die Klägerin nur 200,000 Fr. und nicht 3,385,900 Fr. Reinvermögen besitze, die Steuer ist aber von der letztern Summe entrichtet worden und besteht kein Streit darüber, daß wenn die erstere maßgebend ist, 11,693 Fr. zu viel bezahlt worden sind. Da der Entscheid der Expertenkommission nach § 30 des Steuergesetzes ein *endgültiger* ist und der § 36 bestimmt, daß wenn durch denselben das Steuerbetreffniß verringert werde, Rückzahlung stattfinde, so ist auf diese zu erkennen, sobald eben jener Entscheidung der Expertenkommission Rechtskraft zukommt.

3. Das letztere wird nun vom Beklagten bestritten, weil die Expertenkommission die Grenzen ihrer Zuständigkeit überschritten und eine Frage entschieden habe, deren Entscheidung einzig und allein der Finanzdirektion zugekommen sei. Diese Einrede ist vom Gerichte zu würdigen, weil es über alle für die Hauptentscheidung erheblichen Fragen zu urtheilen befugt ist und die Einrede eben deßwegen erheblich ist, weil aus ihrer Begründetheit, d. h. aus der Inkompetenz der Expertenkommission zur Entscheidung der Frage, in welchem Umfange die Klägerin steuerpflichtig sei, die Nichtigkeit ihres Erkenntnisses folgt.

4. Materiell muß nun aber die Einrede als unbegründet verworfen werden. Der § 10 des Steuergesetzes, auf den der Fiskus abstellt, weist der Finanzdirektion die Streitigkeiten über die Frage zu, ob ein Vermögens- oder Einkommenstheil *steuerpflichtig* sei und darunter kann gemäß dem Titel, unter dem sich diese Gesetzesstelle findet, nur die grundsätzliche Entscheidung über Steuerpflicht oder Steuerfreiheit verstanden sein, denn der Gegensatz zur Steuerpflicht ist eben die Steuerfreiheit, diese schließt jene und jene diese aus. Steuerpflichtig ist aber alles Vermögen eines im Kanton wohnenden Bürgers oder Niedergelassenen oder einer im Kanton bestehenden Korporation, abgesehen von den Ausnahmefällen des § 3 des Steuergesetzes und daraus folgt, daß ein Streit über die Steuerpflicht auch nur da entstehen kann und nur da zu entscheiden ist, wo der Bürger, der Niedergelassene oder die Korporation auf Grund des genannten § 3 Steuerfreiheit behauptet. Ohne die Behauptung gänzlicher oder theilweiser Steuerfreiheit läßt sich die Steuerpflicht vernünftigerweise nicht bestreiten, jene Behauptung kann aber natürlich nur auf eine die Steuerfreiheit aussprechende Gesetzesbestimmung gestützt werden. Einzig *die* Ausnahme ist natürlich zuzugeben, daß ein Streit über die Steuerpflicht auch da vorliegt, wo Jemand behauptet, die Voraussetzungen des § 2 treffen bei ihm nicht zu, er sei nicht Niedergelassener im Kanton, nicht darin wohnender Bürger etc. Im vorliegenden Fall ist nun aber der Streit nicht der. Die Klägerin anerkennt, daß sie eine im Kanton bestehende Korporation sei und sie macht überall keinen Steuerbefreiungsgrund aus dem § 3 des Steuergesetzes geltend, sondern gibt gegentheils zu, daß ihr *gesammtes* Vermögen der Steuerpflicht unterliege, jedoch nur das *Rein*vermögen und mit diesem letztern Satze ist der Fiskus wieder einverstanden. Dagegen ist der Streit der, welches der *Umfang* dieses Reinvermögens sei, darüber aber hatte nach dem klaren Wortlaut des § 30 des Steuergesetzes im gegebenen Fall die Expertenkommission zu entscheiden, denn sie entscheidet „über den dem Vermögen oder Einkommen zukommenden Umfang und Werth". Die Entscheidung über den Umfang ist und kann nichts anderes sein als die Feststellung der Aktiven und Passiven und die Entscheidung über den Werth ist die Taxation dieser für die Ermittlung des Reinvermögens erforderlichen Faktoren. Der

Function der Expertenkommission hat eine Inventarisation voranzugehen und diese ist doch nichts Anderes als die Verzeichnung der Aktiven und Passiven. Das Inventar bildet die Grundlage für die Thätigkeit der Expertenkommission, sie hat dasselbe zu bereinigen und endgültig festzustellen, das ist aber nur möglich durch Feststellung der Aktiven und Passiven und es ist sicherlich noch keiner Expertenkommission eingefallen, bei aufsteigenden Zweifeln darüber, ob ein vorgeschütztes Passivum auch wirklich exestire, den Entscheid der Finanzdirektion darüber zu veranlassen, so wenig, als die letztere das je verlangt hat. Die Funktion der Fxpertenkommission auf bestrittene Werthschätzung von Aktiven einzuschränken, widerspricht durchaus dem Gesetz und dem Verfahren, wie es von dieser Kommission in Anlehnung an das Gesetz thatsächlich beobachtet wird. In den aller wenigsten Fällen dreht sich der Streit darum, welcher Werth einem Aktivum zukomme, sondern er ist gewöhnlich ein Streit über den *Umfang* der Aktiven und Passiven, die Expertenkommission entscheidet aber doch und weist den Fall nicht an die Finanzdirektion und dabei handelt sie nur gemäß dem § 30 des Steuergesetzes.

5. Gehört nun aber zur Feststellung des Umfangs eines Reinvermögens nothwendigerweise auch die Feststellung der Passiven und ist diese Sache der Expertenkommission, so ist klar, daß letztere eben alle Fragen zu entscheiden hat, welche entschieden werden müssen, um über die Existenz oder Nichtexistenz eines Passivums zu urtheilen, ganz ohne Rücksicht darauf, ob es reine Rechtsfragen oder Thatfragen oder Fragen beider Art sind. Wenn daher die Klägerin behauptet, der sogenannte Gewinnfonds representire deßwegen kein Reinvermögen, weil er mit ebenso viel Passiven belastet sei, so hat eben die Expertenkommission darüber zu urtheilen, ob die vorgeschützten Passiven wirklich exestiren oder nicht, trotzdem die Entscheidung weniger eine solche über thatsächliche Verhältnisse als über Rechtsfragen ist. Der Streit ist, was wohl zu beachten, nicht der, ob eine so geartete Korporation, wie die Klägerin, mit Bezug auf ihr Vermögen steuerpflichtig sei oder nicht. Die Steuerpflicht ist vielmehr unbestritten und nach dem Gesetze ganz klar, weil ja darüber gar nicht gestritten werden kann, daß das Eigenthum an allem, was die Klägerin besitzt, ihr als selbständiger juristischer Person und nicht den Versicherten, als Glieder des Vereins, welcher das Substrat der juristischen Person bildet, zusteht. Die Versicherten als Glieder des Vereins könnten nur als Eigenthümer des Vermögens angesehen werden, wenn man davon ausgehen würde, daß die Rentenanstalt nur Verwalterin ihrer Einlagen sei, von dieser Auffassung geht aber der Beklagte selbst nicht aus, denn dann könnte er die Steuerpflicht erst recht nicht geltend machen. Diese setzt vielmehr gerade voraus, daß das Vermögen der Klägerin als selbständiger juristi-Person gehört. Die Frage ist ferner auch nicht die, ob der Gewinnfonds deßwegen nicht zur Besteuerung herangezogen werden könne, weil die Glieder des Vereins als solche nutzungsberechtigt daran seien, weil ihnen ähnlich den Aktionären oder den Mitgliedern einer Gerechtigkeitsgenossenschaft gewisse Theilrechte daran zustehen. Das ist nicht der Standpunkt der Rentenanstalt. Sie bestreitet die Steuerpflicht nicht mit der Motivirung, daß zwar der Gewinnsfonds ihr gehöre, dieses Eigenthum aber nur ein formelles sei, währenddem es dem Werthe nach den Versicherten als Vereinsmitglieder diene; sie nimmt nicht den Standpunkt ein, daß die letztern Theilrechte daran besitzen, die sie versteuern müssen und daß deßwegen eine Besteuerung der Korporation als solcher nicht mehr zulässig sei. Eine *solche* Frage wäre allenfalls durch die Finanzdirektion zu entscheiden, nicht mit Rücksicht auf den § 10 des Steuergesetzes, wohl aber weil es eine Frage der Anwendung des § 2 a bezw. des Satzes ist, daß im Kanton bestehende Korporationen ihr Vermögen zu versteuern haben; denn jener Standpunkt, wenn er eingenommen worden wäre, würde eine Bestreitung der Anwendbarkeit dieses Satzes auf einen gewissen Vermögenstheil der Klägerin enthalten und die Entscheidung solch prinzipieller Fragen der Gesetzesanwendung

können allerdings nicht Sache der Expertenkommission sein. Der Standpunkt der Rentenanstalt ist vielmehr der, daß sie im Umfange des Gewinnfonds kraft der bestehenden Versicherungsverträge Schuldner der Versicherten sei und dieser Standpunkt ist durchaus nicht so unhaltbar, daß man sagen könnte, er werde nur eingenommen, um einen andern, den oben erwähnten, zu verdecken und damit die Kompetenz der Finanzdirektion zu umgehen. Denn wenn auch das Vermögen der Rentenanstalt dem Zwecke nach nur für die Versicherten vorhanden ist und man deßhalb wirthschaftlich und sachlich sagen kann, es gehöre ihnen, so ist das rechtlich doch anders und kann die Auffassung, daß die Versicherten bloß in einem obligatorischen Verhältniß zur Anstalt stehen, die aus dem Versicherungsvertrag folgenden Ansprüche, trotzdem ihnen dieser Vertrag die Mitgliedschaft verleiht, nur obligatorischer Natur seien, nicht so kurzer Hand verworfen werden. Es ist denn doch noch ein großer Unterschied zwischen den Mitgliedern einer Aktiengesellschaft (den Aktionären) oder den Mitgliedern einer Gerechtigkeitsgenossenschaft einer- und den Mitglieder einer auf Gegenseitigkeit beruhenden Lebensversicherungsgesellschaft anderseits. Die Aktionäre haben nach innen ein Antheilsrecht am Vermögen der Aktiengesellschaft und ihre Ansprüche auf Zinse, Dividenden etc. sind Ausflüsse dieses Antheilsrechtes, das im Uebrigen erst bei der Liquidation der Gesellschaft seine Realisirung findet. Es handelt sich also hier um direkte Rechte der Mitglieder am Korporationsvermögen, die man als Theilrechte bezeichnet. Die Mitglieder der Gerechtigkeitsgenossenschaften haben *direkte* Nutzungsrechte am Korporationsgut und in beiden Fällen richtet sich das Stimmrecht der Korporationsmitglieder nach dem Umfang ihrer Antheilsberechtigung am Korporationsvermögen. Ganz anders bei den auf Gegenseitigkeit beruhenden Versicherungsgesellschaften. Zwar sind alle Versicherten, so lange die Versicherung dauert, Mitglieder der Gesellschaft, aber sie haben überall keine direkte Antheilsberechtigung am Vermögen der Gesellschaft. Dieses ist ihnen nicht dienstbar gemacht wie bei der Gerechtigkeitsgenossenschaft und es ist nicht eingetheilt in eine bestimmte Zahl von Theile, deren Inhaber die Versicherten wären wie das Vermögen der Aktiengesellschaft eingetheilt und unter die Aktionäre vertheilt ist, wenn auch nur mit der Wirkung, daß sich Zinsgenuß und Dividende nach dem Umfang der Antheilsberechtigung richten und auch der Anspruch auf das Liquidationsergebniß danach bemessen wird. Jeder Versicherte hat in der Generalversammlung nur eine Stimme abzugeben, seine Ansprüche an die Gesellschaft sind also ohne Einfluß auf die Stimmberechtigung. Wenn aber diese Ansprüche überall keine *direkte* Beziehung zum Vermögen der Gesellschaft haben, nicht Ansprüche *an* das Vermögen, sondern höchstens *auf* das Vermögen sind, so bleibt eben nur noch der rein obligatorische Charakter derselben, sie sind Forderungen an die Gesellschaft und die korrespondirenden Verpflichtungen der letztern Schulden derselben. Es ist nicht einzusehen, warum die Mitgliedschaft der Versicherten bei dem Verein, der die Unterlage der juristischen Person bildet, an dieser Konstruktion etwas ändern soll, denn eine Korporation kann doch auch Schuldnerin ihrer Mitglieder sein. Mit der Bezeichnung der Ansprüche als Mitgliedschaftsrechte ist für deren rechtliche Konstruktion überall nichts gewonnen, denn die Mitgliedschaftsrechte können eben auch reine Forderungsrechte sein. Wenn ein Versicherter seine Ansprüche aus dem Vertrage geltend macht, so denkt Jedermann nur an ein Verhältniß obligatorischer Natur und nicht an die Vereinsmitgliedschaft und daran, daß Rechte aus dieser abgeleitet werden, noch weniger aber, daß es sich dabei um die Geltendmachung eines eigentlichen Theilrechtes am Vermögen der Korporation handle. Ist aber das der Standpunkt der Rentenanstalt und somit die Frage einfach die, ob dem Gewinnfonds wirkliche Schulden der Anstalt gegenüber den Versicherten gegenüberstehen, so hatte darüber nach dem Gesagten auch die Expentenkommission zu entscheiden und hat sie bei Abgabe der Entscheidung innerhalb ihrer Kompetenz gehandelt, woraus folgt, daß dieselbe geschützt werden muß. Glaubte der

Staat, es könne sich nicht um eigentliche, dem Gewinnfonds gegenüberstehende Schulden, sondern nur um direkte Antheilsrechte der Versicherten am Gewinnfonds als Korporationsvermögen handeln, so hatte er diesen Gesichtspunkt vor der Expertenkommission geltend zu machen und nur wenn diese seine Ansicht getheilt und dennoch Seuerfreiheit ausgesprochen hätte, wäre allenfalls von einer Ueberschreitung ihrer Kompetenzen zu reden gewesen. Im Berichte der Expentenkommission kommt zwar der Ausdruck „Theilrecht" auch vor, aber ersichtlich nicht im juristisch-technischen Sinn, sondern nur als ungenaue Bezeichnung der Forderung des Versicherten auf Auszahlung der Gewinnaltersrenten mit dem Zeitpunkte der eingetretenen Fälligkeit. Und übrigens fällt ja dem Fiskus nach der Art wie er die Steuerpflicht des sogenannten Gewinnfonds begründet (siehe Fact. E des erstinstanzlichen Urtheils), gar nicht ein, von Theilrechten der Versicherten am Gewinnfonds zu sprechen, sondern er verneint gegentheils, daß solche Theilrechte bestehen, und zwar deßwegen, weil er davon ausgeht, daß dasjenige Korporationsvermögen, an welchem eigentliche Theilrechte der Korporationsmitglieder bestehen, von den Inhabern der Theilrechte und nicht von der Korporation versteuert werden müsse. Darin aber liegt wohl der untrüglichste Beweis dafür, daß die Streitfrage nicht die ist, ob der Gewinnfonds nicht gerade deßwegen zur Besteuerung herangezogen werden müsse, weil die Rechte der Versicherten an oder auf denselben eigentliche Theilrechte am Korporationsgut und nicht bloße Gläubigeransprüche seien. Die Argumentation des Staates ist vielmehr (siehe Seite 8 Absatz 2 des bezirksgerichtlichen Urtheils) die, daß sich die Versicherten als eine Korporation *ohne Theilrechte* darstellen und gerade deßwegen ihr Vermögen als Ganzes versteuern müssen. Allein dieser Satz spricht ja nur etwas durchaus unbestrittenes aus, daß die Klägerin als eine Korporation ihr Vermögen zu versteuern habe, löst aber nicht die eigentliche Streitfrage, welches das einzig steuerpflichtige *Rein*vermögen sei. Diese Lösung kommt nur im Dispositiv, nicht aber in der Begründung. Die vorgeschützten Verpflichtungen der Korporation gegenüber den einzelnen Mitgliedern werden einfach nicht beachtet. Der Fiskus kennt gar keine einzelnen Mitglieder und will die gesonderte Rechtsstellung derselben zur Korporation nicht sehen. Er sieht nur die *Gesammtheit* der Mitglieder als solche d. h. eben die Korporation und glaubt damit die Sonderstellung der Einzelnen zur Gesammtheit abgethan zu haben. Allein so kann man der wirklichen Streitfrage, die nach all dem Gesagten keine andere mehr sein kann als die, ob nicht dem im Gewinnfond bestehenden Vermögen der Korporation gleichviel Schulden zu Gunsten der einzelnen Korporationsmitglieder gegenüberstehen, nicht aus dem Wege gehen, bloß weil man die Entscheidung derselben durch das kompetente Organ, die Expertenkommission, fürchtet.

6. Der Fehler liegt eben darin, daß sich das Steuergesetz mit dem allgemeinen Satz begnügt, die Korporationen haben ihr Vermögen zu versteuern ohne irgend welche Rücksicht auf die rechtliche Natur dieser Korporationen, auf ihre wirtschaftliche Bedeutung und auf das Verhältniß derselben zu den Korporationsmitgliedern bezw. auf die Natur der Ansprüche dieser letztern an die Korporation zu nehmen. Es ist ganz unerfindlich, warum man das Deckungskapital für die festen Versicherungsbeträge nicht zur Besteuerung heranzieht, wohl aber dasjenige für die Gewinnaltersrenten. Ein diese verschiedene Behandlung juristisch rechtfertigendes Moment läßt sich nicht finden. Es handelt sich hier nicht mehr um Recht, sondern um Willkür und es wäre sicherlich kein Fehler, wenn die Feststellung dieser Thatsache schon zu einer Revision des Steuergesetzes führen würde.

7. Ueber das Quantitativ des nach Acceptation der bisherigen Ausführungen pro 1885 zurückzuzahlenden Steuerbetrages von 11,693 Fr. 20 Rp. herrscht kein Streit. Dagegen ist die Zinspflicht bestritten und zwar insoweit mit Recht, als Zins von Zins verlangt wird. Am 12. Februar 1887 erhielt die Finanzdirektion den Bericht der Expertenkommission und mit diesem Moment war die

Rückzahlungspflicht festgestellt. Diese Feststellung hat aber noch keinen Verzug begründet, sondern erst die Mahnung, eine solche aber liegt in der Eingabe der Klägerin an den Regierungsrath vom 23. Februar 1887 und es ist deßhalb die Zinspflicht von da an zu berechnen und zwar, da es sich um Verzugszinsen handelt, à 5 % gemäß Art. 119 des Obl.-R.

Anmerkung der Redaktion. Wir stehen auf Seite der Minderheit. Diese geht mit der Mehrheit darin einig, daß von einem Rückforderungsanspruch der Klägerin nur insoweit die Rede sein kann, als ein Entscheid der zuständigen Verwaltungsorgane des Inhalts vorliegt, es seien von einem in Wirklichkeit nicht exestirenden Vermögen Steuern bezahlt worden. Einen solchen Entscheid findet aber die Minderheit in dem das Jahr 1885 betreffenden Ausspruch der Expertenkommission, währenddem die Mehrheit diesem Ausspruch die Anerkennung deßwegen verweigern zu können glaubt, weil die genannte Kommission die Grenzen ihrer Zuständigkeit überschritten habe. Das Entscheidende liegt in dieser Kompetenzfrage und nun lassen sich die darüber handelnden Urtheilserwägungen in die kurze Betrachtung zusammenfassen, daß die Rechte der Versicherten auf den sogenannten Gewinnfonds Antheilsrechte von Genossenschaftsmitgliedern am Genossenschaftsvermögen und nicht Forderungen Dritter an die Genossenschaft seien, daß demnach die Frage die sei, ob ein mit Antheilsrechten der Genossen belastetes Genossenschaftsvermögen trotz dieser Belastung steuerpflichtig sei oder nicht und darüber sowohl gemäß § 10 des Steuergesetzes als aus allgemeinen Gründen Finanzdirektion und Regierungsrath, nicht aber die Expertenkommission zu entscheiden befugt gewesen seien. Allein es geht nicht an, in der Allgemeinheit, wie es hier geschieht, Ansprüche Dritter an eine Genossenschaft und Ansprüche der Genossen an dieselbe in der Weise sich gegenüberzustellen, daß man sagt, es können nur die erstern Schulden der Genossenschaft sein, nicht aber die letztern. Denn es gibt zweifelsohne Forderungen der Genossen an die Genossenschaft, welche, trotzdem sie den Berechtigten nur mit Rücksicht auf ihre Mitgliedschaft bei der letztern zustehen, dennoch gerade so gut Schulden der Genossenschaft sind wie Ansprüche dritter, außerhalb der Genossenschaft stehender Personen. Wird aber die Frage aufgeworfen, wie es sich dießfalls mit den hier in Frage stehenden Ansprüchen der Versicherten verhalte, so hatte eben gerade darüber die Expertenkommission zu entscheiden und Niemand anders; denn das ist eine Frage nach dem Umfang des Vermögens der Rentenanstalt und zwar muß sie als solche um so mehr anerkannt werden, als ja Finanzdirektion und Regierungsrath mit Rücksicht auf die von ihnen nach Erlaß des Steuergesetzes von anno 1870 aufgestellte Norm, daß das Vermögen von Korporationen mit Theilrechten *von den einzelnen Theilhabern* zu versteuern sei, vor und im Prozesse immer bestritten haben, daß die hier in Frage kommenden Rechte der Versicherten eigentliche Theilrechte am Gewinnfonds seien. Die Annahme des Urtheils, die Streitfrage sei die gewesen, ob ein mit Antheilsrechten der Genossen belastetes Genossenschaftsvermögen trotz dieser Belastung steuerpflichtig sei oder nicht, ist also, weil mit dem Prozeßstandpunkt des Staates selbst im Widerspruch stehend, eine irrthümliche und die Konsequenz dieses Irrthums die, daß, trotzdem der Staat erklärt, er wolle keine Steuer vom Gewinnfonds, falls wirkliche Theilrechte der Versicherten daran bestehen, das Urtheil antwortet, solche Theilrechte bestehen zwar, die Voraussetzung, unter welcher der Staat auf eine Steuer verzichtet, ist also vorhanden, er bekommt die Steuer aber dennoch und zwar gerade, weil die Voraussetzung zutrifft, unter welcher derselbe keine Steuer verlangt. Man lese die Klageeinlassung des Staates im Prozeß und man begegnet der interessanten Anerkennung, daß die Reserven (hier im Sinne des Deckungskapitals für die *festen* Versicherungsbeträge gebraucht) als Gesellschaftsvermögen belastet mit *Verpflichtungen* zu Gunsten der Genossen erscheinen und deßhalb nicht in Besteuerung gezogen

werden; also dem Aktivum wird hier sofort ein Passivum gegenübergestellt; der Gewinnfond aber soll besteuert werden, weil die Versicherten nur eine unbestimmte Anwartschaft und nicht einen bestimmten Anspruch auf denselben haben, also Verneinung, daß hier ein Passivum vorliege und etwas Anderes nicht. Trotzdem die Urtheilserwägungen ziemlich weitläufig ausführen, daß die zu entscheidende Frage keine Justizsache sei, wird sie schließlich doch vom Gericht entschieden, wenn auch auf dem Umwege der Kompetenzprüfung der Expertenkommission. Uns will es demnach scheinen, daß eher das Gericht die Grenzen seiner sachlichen Zuständigkeit überschritten habe als die Expertenkommission und daß es etwas stark ist, wenn die Urtheilserwägungen der letztern vorwerfen, sie habe die Belastung des Gewinnfonds mit Schulden fingirterweise angenommen, um die nicht vorhandene Kompetenz zur Lösung der Streitfrage zu begründen. Man kann übrigens gewisse Rechte von Genossenschaftsmitgliedern Antheilsrechte am Genossenschaftsvermögen nennen und ihnen dennoch den Charakter von Schulden im Sinne von § 6 des Steuergesetzes beilegen. Sobald ein Angesprochener diesen Standpunkt einnimmt, ist die Zuständigkeit der Expertenkommission begründet. Die Expertenkommission ist an Stelle der Civilgerichte getreten, welche früher derartige Fragen zu entscheiden hatten und ihre Kompetenz wollte nicht wesentlich eingeschränkt werden, unter keinen Umständen aber in dem Sinne, daß sie nur Häuser und Grundstücke schätzen soll, wie das der Staat behauptet. Es kann dießfalls füglich auf die durchaus zutreffenden Ausführungen des klägerischen Vertreters in der gedruckten Appellationsbegründung (Seite 4 bis 9) verwiesen werden. Schließlich noch die Bemerkung, daß wenn Jemand periodische Leistungen (hier Gewinnaltersrenten) schuldet, er doch sicher schon mit dem Momente, da die Verpflichtung entsteht, Schuldner der Gesammtheit aller in Frage kommenden Leistungen ist, davon ausgehend aber der kapitalisirte Betrag der Einzelverpflichtungen als Betrag der Gesammtschuld anzusehen ist und dieser Betrag hier eben das Deckungskapital für die Altersrenten d. h. der sogenannte Gewinnfonds ist. Mit dieser Auffassung ist der Staat dazu gelangt, das Deckungskapital der Klägerin für die festen Versicherungsbeträge steuerfrei zu erklären, mit derselben Auffassung aber hat auch die Expertenkommission das Deckungskapital für die Gewinnaltersrenten (den sogenannten Gewinnfonds) ganz richtig als ein Passivum bezeichnet.

Faustpfandbestellung

an Lebensversicherungspolicen.

Da diese keine Inhaberpapiere sind, so ist zur Gültigkeit der Pfandbestellung gemäß Art. 215 des O.-R. die Benachrichtigung der Versicherungsgesellschaften von der Verpfändung erforderlich.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 5. November 1889.

Im Oktober 1888, kurz vor seinem Tode erhob der Advokat A. Strohecker bei seinem Schwager J. Baumann ein Darleihen von 700 Fr., um die Prämien zweier Lebensversicherungspolicen, No. 85,747 der Greshamgesellschaft im Betrage von 20,000 Fr. und No. 47,388 der New-Yorker Germania im Betrage von 30,000 Fr. bezahlen zu können. Zur Deckung dieses Darlehens übergab Strohecker dem Baumann die beiden Policen zu Faustpfand, was mit besonderer Zuschrift desselben vom 19. Oktober 1888 schriftlich bestätigt wurde. Diese Zuschrift enthält noch im Fernern die Anweisung an Baumann, den Faustpfandbesitz für weitere Faustpfandgläubiger auszuüben (Art. 217 des O.-R.). *Die Lebensversicherungsgesellschaften wurden von der Verpfändung nicht in Kenntniss gesetzt.*

Nach dem Tode des Schuldners wurde über dessen Nachlaß Konkurs eröffnet und es meldete Baumann in diesem Forderung und Faustpfandrecht an. Die Auffallskanzlei bestritt aber die Pfandrechtsansprache und es wurde dieselbe denn in der That auch sowohl vom Konkursrichter als von der Ap-

pellationskammer des Obergerichtes als unbegründet verworfen.

Gründe:

1. Die Verpfändung der beiden Policen wird in erster Linie aus dem Gesichtspunkte der §§ 1104 und 1106 des P. G.-B. (dolose Benachtheiligung der Gläubiger durch den Abschluß von Rechtsgeschäften Angesichts des bevorstehenden Konkurses) angefochten. Diese Anfechtung ist aber schon deßhalb abzuweisen, weil nach der unwidersprochenen Darstellung des Herganges gerade bei dem vorliegenden Geschäfte die Absicht der Gläubigerbeschädigung nicht angenommen und ebensowenig von einer Begünstigungsabsicht gesprochen werden kann; denn es handelte sich ja nicht um die Deckung eines bereits bestehenden, sondern um die Erwerbung eines neuen Darlehens, das ohne diese Deckung kaum gegeben worden wäre.

2. Dagegen ist die Verpfändung Mangels Anzeige an die Schuldner der verpfändeten Forderungen (die Lebensversicherungsgesellschaften) nicht rechtsgültig geworden (Art. 215 des O.-R.). Der Ansprecher bezweifelt auch seinerseits nicht, daß die Benachrichtigung des Schuldners bei der Verpfändung von gewöhnlichen Forderungen ein wesentliches und unerläßliches Erforderniß sei im Gegensatz zu dem Vorgang bei der Abtretung von Forderungen (Art. 184 und 187 des O.-R.). Es wird daher lediglich der Nachweis versucht, daß Lebensversicherungspolicen im Geschäftsleben als Inhaberpapiere behandelt werden und daher auch rechtlich als solche anzusehen seien. Und nun ist es allerdings richtig, daß eine Anzahl Gesellschaften sich der Pflicht entschlagen, die Legitimation des die Erfüllung der Forderung Begehrenden näher zu prüfen und deßhalb jeden Inhaber nach dem Tode des Versicherten als Berechtigten anerkennen, ähnlich wie verschiedene Sparkassen bezüglich der Sparkassahefte verfahren. Allein damit werden weder die Policen noch die Sparkassahefte zu Werthpapieren oder gar Inhaberpapieren; es ist gar nicht ihre Bestimmung, Circulationspapier zu sein, so sehr auch in gewissen Kreisen die Policen von Hand zu Hand gehen mögen. Zweck und volkswirthschaftliche Bedeutung der Lebensversicherung ist die Ansammlung von Ersparnissen zur Sicherstellung der Existenz der dereinstigen Hinterlassenen, nicht die Verschaffung eines Kredites zu Lebzeiten des Versicherten und wenn nun der Richter eine gegentheilige Entwicklung durch eine sehr freie Gesetzesauslegung begünstigen wollte, würde er sich in Widerspruch setzen mit der eigentlichen Bedeutung des Institutes der Versicherung, die geradezu die Erschwerung eines vorzeitigen Verbrauchs der Sparkassagelder erfordert. Daß die bloße *Berechtigung* der Versicherungsgesellschaften, den Inhaber der Police als Bezugsberechtigten anzuerkennen, nicht genügt, um die Policen als vollkommene Inhaberpapiere anzuerkennen, ist längst anerkannten Rechtes (siehe H. E. Bd. VIII Seite 314 Erwägung 2) und folgt auch aus der Natur der Inhaberpapiere, welche bedingt, daß die bloße Innehabung des Papieres die Gläubigereigenschaft gegenüber dem Schuldner feststelle und dieser somit auch die *Pflicht* zur Anerkennung jedes Besitzers als Gläubiger habe. Besteht dagegen diese *Pflicht* zur Anerkennung der Gläubigereigenschaft des Inhabers als solchen nicht, so ist eben die Natur der Inhaberforderung nicht gegeben, wenn gleich thatsächlich vom Recht der Legitimationsprüfung gewöhnlich kein Gebrauch gemacht wird. Die Gläubigereigenschaft ist nicht mehr bloß an die Innehabung des Papieres geknüpft, sobald der Schuldner diese Innehabung nicht für sich allein schon als Ausweis für dieselbe betrachten muß, sondern das Recht hat, einen Ausweis über den Erwerb des Papieres zu verlangen und zwar ist maßgebend, daß er dieses Recht hat und nicht, ob er es gewöhnlich ausübt oder nicht (siehe Art. 846 des Obligationenrechtes, Schneider Commentar Anmerkung 4).

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.

31. Dezember 1889. VIII. Band. № 24.

Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen.

Redaktion: Oberrichter J. Gossweiler, Mitglied des Handelsgerichts. Verlag von Orell Füssli & Cie. in Zürich.
Abonnement: Die „Blätter“ erscheinen alle 14 Tage und können bei allen **Poststellen** in der Schweiz, in Deutschland und Oestreich Ungarn, sowie in **allen Buchhandlungen** abonnirt werden. Preis per Jahr 8 Franken.
Abonnements für Nordamerika nimmt entgegen die „**Amerikanische Schweizer-Zeitung**“, 18 Ann Str., New-York.
Inserate: Preis pro gespaltene Petitzeile 20 Cts. Dieselben werden entgegengenommen von allen Annoncenbureaux und direkt von den Verlegern Orell Füssli & Comp. in Zürich.

Haftpflicht aus Fabrikbetrieb.

Unfall in einer Schuhfabrik. Verletzung an einer Sohlenpressmaschine (Quetschung dreier Finger der linken Hand.) Liegt in der Herbeiziehung des jugendlichen Klägers zur Bedienung der Maschine ein Verschulden des Fabrikherrn?

Einrede des Selbstverschuldens. Haftreduktionsgrund des Zufalls (Art. 5 lit. a des Haftpflichtgesetzes.)

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 16. November 1889.

Der am 27. April 1870 geborne Kläger trat, nachdem er vorher den Schuhmacherberuf erlernt und in Wigoltingen (Thurgau) in einer Schuhfabrik gearbeitet hatte, am 16. Juli 1887 in die Schuhfabrik der Firma Hofmann & Cie. in Winterthur ein. Mit Neujahr 1888 schafften die Beklagten eine Sohlenpreßmaschine an und übertrugen die Handhabung derselben von Anfang an dem damals noch nicht ganz 18 Jahre alten Kläger, welcher laut eigener Angabe eine ähnliche Maschine schon in seiner frühern Stellung bedient hatte. Die Maschine besteht aus einem obern, *festen,* bezw. *unbeweglichen* und einem untern, beweglichen Theil, an dessen obern Ende sich eine sogenannte Matrize (kleine Aushöhlung) findet, in welche die zu pressende Sohle (genäßt) gebracht wird. Zu unterst ist ein Rad, welches durch einen Hebel festgehalten wird. Soll die Maschine funktioniren, so zieht der Arbeiter den Hebel gegen sich und weil damit das Hinderniß, durch welches das Rad festgehalten wurde, zu wirken aufhört, so findet eine einmalige Drehung desselben statt, und diese bewirkt, daß der untere bewegliche Theil der Presse mit der Matritze in die Höhe geht und die Sohle am obern, unbeweglichen Theil gepreßt wird. Sobald gepreßt ist, kehrt der bewegliche Theil von selbst wieder zurück. Wie der Hebel gezogen und dadurch der untere Theil der Presse in Bewegung gebracht worden ist, soll der Arbeiter denselben auch sofort wieder gehen lassen; eine Feder zieht ihn, sofern sie wenigstens richtig funktionirt, sofort in die frühere Lage zurück, das Hemmniß für das Rad ist wieder da und der untere Theil der Presse kann sich nicht weiter bewegen. Läßt aber der Arbeiter den Hebel nach dem Anziehen nicht gleich wieder gehen, sondern hält er ihn längere Zeit fest, so kann die Matrize ihren Weg zwei oder selbst mehrere Male beschreiben und das Nämliche ist dann möglich, wenn die Feder, welche den Hebel in seine frühere Lage zurückbringen soll, nicht mehr funktionirt, weil sie lahm ist. Bezüglich des Auflegens der Sohlen auf die Matrize ging die Instruktion, die der Kläger und andere Arbeiter erhalten hatten, dahin, daß dasselbe mit beiden Händen (richtigerweise mittelst des Daumen- und Zeigefingers) geschehen soll. Daß der Kläger im Allgemeinen anders verfahren sei, will kein Zeuge gesehen haben.

Am *24. Juli 1888* war der Kläger wieder mit der Handhabung der Preßmaschine beschäftigt und dabei begegnete ihm ein Unfall. Der Zeige-, Ring- und Mittelfinger der linken Hand wurden ihm derart gequetscht, daß die beiden vordern Phalanxen derselben amputirt werden mußten. Er wurde bis am 8. September 1888 im Kantonsspital Winterthur und bis am 22. Oktober 1888 in der Poliklinik desselben behandelt. Die Spitalkosten betrugen Fr. 42. 30. Diesen Betrag verlangte derselbe von den Beklagten und überdem als Ersatz für den ihm aus der dauernden theilweisen Erwerbsunfähigkeit entstehenden Schaden eine Summe von 3600 Fr. als Betrag seines sechsfachen Jahresverdienstes. Sein Taglohn betrug nämlich 2 Fr. und verdiente er somit per Jahr à 300 Arbeitstage gerechnet 600 Fr., was den angegebenen sechsfachen Jahresverdienst von 3600 Fr. ergibt. Die Klage wurde auf das Fabrikhaftpflichtgesetz vom 25. Juni 1881 (Art. 1, 2 und 6) gestützt.

Als Verschulden wurde den Beklagten angerechnet, daß die Maschine am Unfallstage nicht gehörig funktionirt habe, und daß der Betrieb derselben überhaupt (d. h. auch bei Anwendung der nöthigen Sorgfalt und an sich richtiger Funktion) ein äußerst gefährlicher sei und deßhalb mit der Handhabung der Maschine nur ältere, erfahrene und ruhige

Arbeiter, nicht aber ein so junger Mensch, wie es der Kläger sei, hätten betraut werden sollen. Die Beklagten bestritten dieses Vorbringen in allen Richtungen und nahmen gegentheils den Standpunkt ein, daß der Unfall nur durch das eigene Verschulden des Klägers möglich geworden sei, weßhalb die Haftpflicht grundsätzlich verneint werden müsse. Eventuell anerkannten sie, ausgehend von einer Verminderung der Erwerbsfähigkeit des Klägers um einen Drittheil, einen jährlichen Verdienstausfall von 200 Fr. als Folge der Verletzung und setzten auch nicht in Widerspruch, daß es, um eine Jahresrente in diesem Betrage zu kaufen, eines Kapitals von 3600 Fr. bedürfe. Sie machten aber geltend, daß diese Summe dennoch unter allen Umständen bedeutend reduzirt werden müsse, weil der Unfall für die Beklagten ein rein zufälliger sei. (Art. 5 a des Haftpflichtgesetzes.)

Aus den Aussagen der einvernommenen Zeugen geht hervor, daß die Maschine unmittelbar nach dem Unfall ohne Unterbruch von andern Arbeitern weiter benutzt worden ist, dabei ohne jede Störung funktionirt und namentlich auch die Feder, welche den Hebel in seine Lage zurückbringt, ihre Schuldigkeit gethan hat. Dagegen ist die letztere ein paar Tage später durch eine andere ersetzt worden; wie ein Zeuge meint, um ja doch sicher zu sein.

In der Polizeiuntersuchung, welche nach Vorschrift des Fabrikgesetzes über den Fall geführt wurde, sprach sich der Kläger folgendermaßen aus:

„Ich kann mir nicht denken, daß der be„wegliche Theil der Presse *ohne mein Zu„thun* in einem Momente hinaufgegangen sei, „da ich eine Sohle auflegte, sondern ich „muß annehmen, ich habe mit der linken „Hand eine Sohle aufgelegt und im gleichen „Moment den Hebel mit der rechten Hand „angezogen, d. h. die linke Hand zu spät „zurückgezogen. Unbegreiflich ist mir die „ganze Sache, denn ich bin mich gewohnt, „ruhig und bedächtig zu arbeiten.“ Im Civilprozeß war der Standpunkt des Klägers der, daß er aus seiner Erinnerung keine sichere Auskunft über den Hergang des Unfalls geben könne.

Der gerichtliche Experte sprach sich wie folgt aus:

„Die Maschine ist punkto Sicherheit des „Betriebes tadellos konstruirt, und hat die„selbe ohne Zweifel auch am 24. Juli 1888 „richtig funktionirt, wie sich übrigens schon „daraus ergibt, daß unmittelbar nach dem „Unfall ein anderer Arbeiter die Führung der„selben übernahm; wenn auch später einmal „eine stärkere Feder eingeschaltet wurde, so „hat dieß mit dem Gang der Maschine zur „Zeit des Unfalls nichts zu thun. Wie bei „jeder andern Maschine, z. B. einer Dreh„bank, wird auch hier die geringste Unacht„samkeit mit verhältnißmäßig schweren Fol„gen bestraft.

„Hätte der Kläger, wie gewohnt, das Stück „Leder mit den Spitzen des Daumens und „Zeigefingers der beiden Hände aufgelegt, „so wäre der Unfall nicht passirt und zwar „selbst dann nicht, wenn die Feder lahm ge„wesen wäre. Jeder 15jährige Knabe kann „in einer halben Stunde die Handhabung der „Maschine lernen, so einfach ist dieselbe. „Der Kläger glaubte seiner Sache immer „vollständig sicher zu sein und hat in mo„mentaner Unachtsamkeit durch Drehung des „Kopfes, also durch Beobachtung eines an„dern Gegenstandes die Finger zwischen die „Preßbalken gebracht. Seine Arbeit erfor„dert in keiner Weise, daß er Hände und „Finger in die Preßbalken bringt und da „er keine Accordarbeit hatte, war auch eine „Forcirung der Arbeit nicht erforderlich.“

Das Bezirksgericht hat die Klage grundsätzlich gutgeheißen und dem Kläger die Spitalkosten mit 42 Fr. 30 Rp., sowie eine Kapitalsumme von 2700 Fr. zugesprochen. Beide Parteien appellirten und wiederholten die erstinstanzlich gestellten Anträge. Die Appellationskammer bestätigte aber das bezirksgerichtliche Urtheil.

Gründe:

1. Es ist vor allem aus festzustellen, daß die Beklagten an dem Unfalle des Klägers kein Verschulden trifft. Das Gutachten des Gerichtsexperten stellt das außer Zweifel. Aus demselben geht hervor, daß die Sohlenpreßmaschine zur Zeit des Unfalls in durch-

aus ordnungsgemäßem Zustande war und daß die Herbeiziehung des 18jährigen Klägers zur Handhabung derselben durchaus keine Ungehörigkeit in sich schießt. Wie sich aus den Zeugenaussagen und seiner eigenen Angabe ergibt, war der Kläger mit dem Gang und der Handhabung der Maschine durchaus vertraut; er hatte schon früher an einer ähnlichen Maschine gearbeitet, die in Frage kommende seit einem halben Jahre bedient und war ausgelernter Schuhmacher. Dazu kommt, daß die Bedienung der Maschine durchaus keine schwierige, sondern eine höchst einfache ist. Sie besteht, wie der Experte und die einvernommenen Zeugen angeben, einfach darin, daß der Arbeiter mit den Spitzen des Daumens und des Zeigefingers der beiden Hände die Sohle zwischen die Preßbalken einlegt und *hernach* den Hebel der Maschine anzieht, durch welchen Handgriff sich die Maschine hebt und die Pressung des Leders herbeigeführt wird. Durch das Loslassen des Hebels wird dann die Matrize in ihre frühere Lage zurückgebracht. Auf diese Weise verfuhr denn auch der Kläger offenbar regelmäßig; wenigstens wurde nach der Aussage des damaligen Stanzermeisters Kunz nie etwas Anderes beobachtet. Die Aussage des Klägers selbst vor Statthalteramt läßt keineswegs auf das Gegentheil schliessen. Es kann also nicht gesagt werden, daß die Beklagten dadurch, daß sie dem Kläger die Bedienung der Maschine überließen, einen Fehler begangen haben und *von vornherein* eine durch den Betrieb derselben bei dem Kläger entstandene Verletzung lediglich als durch die Jugend, Unerfahrenheit oder mangelhafte geistige Befähigung des Klägers bedingt, den Beklagten zur Last fallen müsse. Endlich ist dafür, daß der Kläger durch die örtliche Stellung der Maschine irgendwie in der Bedienung derselben gehindert gewesen sei, absolut nichts Stichhaltiges vorgebracht worden.

2. Ebensowenig als die Klagebehauptung, daß der Unfall auf Verschulden der Beklagten zurückzuführen sei, ist aber auch die beklagterseits gestellte Einrede des Selbstverschuldens durch den Kläger begründet.

Es läßt sich nicht läugnen, daß trotz ihrer Einfachheit die Bedienung der Maschine eine gewisse Gefährlichkeit in sich schließt. Bei längerem Anziehen des Hebels kann sich nämlich die Matrize zwei oder sogar mehrere Mal heben; kommt hinzu, daß die Feder mehr oder weniger lahm ist, so ist die Herrschaft über die Bewegungen der Maschine noch unsicherer. Damit ist die mehr oder weniger große Gefahr gegeben, daß der Arbeiter, welcher die Maschine bedient, und aus irgend einem Grunde sich veranlaßt sieht, die eine Hand der vermuthlich ruhenden Matrize, vielleicht zur Herausnahme der Sohle, zu nähern, während die andere den Hebel noch hält, durch die Preßbalken unvorhergesehenerweise verletzt wird.

Im vorliegenden Falle fällt nun allerdings die Mangelhaftigkeit der Feder außer Betracht, es ist aber sowohl nach den Aufstellungen der Expertise als nach der Darstellung des Klägers außer Zweifel, daß die Verletzung nur in der Weise geschehen sein kann, daß der Kläger den Hebel anzog, während er mit der linken Hand sich mit einer auf der Matrize befindlichen Sohle zu schaffen machte. Der Kläger glaubt, er habe mit der linken Hand eine Sohle aufgelegt und im gleichen Momente mit der rechten den Hebel angezogen, d. h. die linke Hand zu spät zurückgezogen. Zeugen des Vorfalles sind keine vorhanden. Die Einzelheiten desselben lassen sich also nicht genau feststellen. Der Kläger selbst hat den Hergang nicht mehr genau in Erinnerung, seine Aussage vor Statthalteramt ist lediglich eine Muthmaßung, die um so weniger vollständige Gewißheit bietet, als das vermuthete Verfahren bei ihm sonst offenbar nicht üblich war. Daß er aber den Hergang nicht mehr genau in Erinnerung hat, erklärt sich daraus, daß er nach demselben in Ohnmacht fiel. Denkbar ist also auch, daß der Kläger nach dem Einlegen der Sohle, um deren Lage zu berichtigen, sich mit der linken Hand noch an der Matrize zu schaffen machte und aus Unachtsamkeit zugleich den Hebel anzog. Nicht nur ist demnach nicht festgestellt, daß der Unfall den Kläger in *fortgesetzter* Nichtbeobachtung der für die Bedienung der Ma-

schine gegebenen Regeln traf, sondern es mangelt auch der bestimmte Nachweis, daß der Kläger speziell im Momente des Unfalles ganz gegen das zu beobachtende Verfahren verstoßen hat. Es kann nichts weiter angenommen werden, als daß der Kläger in *momentaner* Unachtsamkeit im Vertrauen auf die physische Anpassung seiner Bewegungen an die Maschine von den regelmäßig zu beobachtenden, durch die Gefährlichkeit der Maschine bedingten Handgriffen abwich und sich so die Verletzung zuzog. Eine solche Unachtsamkeit ist aber, zumal bei einem jungen unentwickelten Menschen wie der Kläger, dem die Ueberlegungskraft eines gereiften Mannes nicht zugemuthet werden kann, entschuldbar und kann von *Selbstverschulden* des Unfalles nicht die Rede sein. Die Verletzung erscheint vielmehr lediglich als eine durch die Gefährlichkeit des in Frage stehenden Betriebes herbeigeführte.'

3. Mit der ersten Instanz ist daher grundsätzlich die Haftpflicht der Beklagten aus dem hier zur Anwendung kommenden Fabrikhaftpflichtgesetze vom 25. Juni 1881 auszusprechen. Für die Bestimmung des Schadenersatzes ist gemäß der Anerkennung der Beklagten, die auf einer richtigen Würdigung der Verhältnisse beruht, davon auszugehen, daß die Arbeitsfähigkeit des Klägers durch den Verlust der beiden obern Phalanxen der drei mittlern Finger der linken Hand um einen Dritttheil beschränkt ist, was nach den angestellten Berechnungen einem Verdienstausfall von 200 Frkn. per Jahr entspricht. Eine Jahresrente in diesem Betrage würde anerkanntermaßen ein Kapital von 3600 Fr. erfordern.

4. Da nun aber der Unfall lediglich als durch Zufall entstanden zu betrachten ist, so rechtfertigt es sich gemäß Art. 5a des Haftpflichtgesetzes, eine Reduktion der Entschädigung eintreten zu lassen. In Ausmeßung des erstinstanzlich neben den unbestrittenen Heilungskosten gesprochenen Betrages von 2700 Fr. glaubt das Gericht allen in Frage kommenden Verhältnissen Rechnung zu tragen.

Haftpflicht

aus Eisenbahn- oder Fabrikbetrieb?

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 30. November 1889.

Ein Weichenwärter der Vereinigten Schweizerbahnen auf der Station Wetzikon mußte am Abend des 10. Juli 1888 zwischen 6 und 7 Uhr beim Umladen der Frachtgüter aus dem Effretikerzug in den Glarnerzug, welch letzterer nach Aussage des Stationsvorstandes um 10 Uhr Abends (wie ein anderer Zeuge, indeß wohl irrthümlich, aussagt, schon um 8 Uhr) abzugehen hatte, behülflich sein. Der Tößthalbahnwagen No. 102, in den verladen werden mußte, war an die Rampe des Güterschuppens herangestossen, es blieb aber immer noch ein kleiner Zwischenraum zwischen der Rampe und dem Wagen, wie überhaupt ein völliger Anstoß der Wagen an den Rampenboden nicht möglich ist. Deßhalb hat man zur Ueberbrückung des Zwischenraums sogenannte Wagentritte, welche auf den Rampenboden einer- und den Wagenboden anderseits gelegt und auf denen dann die Güter mittelst Karren in den Wagen gefahren (beziehungsweise gezogen oder ausnahmsweise auch gestoßen) werden. Auf der Station Wetzikon waren 2 oder 3 im Bahninventar figurirende eigentliche Wagentritte (sogenannte Ohrentritte) vorhanden. Daneben benutzte man aber auch zwei, von den Bahnangestellten selbst fabrizirte und im Bahninventar nicht figurirende Bretter, die aus 4 aneinandergefügten, oben und unten mit einer Querlatte verbundenen Stücken bestehen. Diese Bretter werden naturgemäß am meisten an ihrem obern, auf dem Wagenboden und am untern, auf dem Rampenboden liegenden Ende abgenutzt und sollte demgemäß rechtzeitig auf ihre Reparatur Bedacht genommen werden. Diese Abnutzung war hier am 10. Juli 1888 bei beiden Brettern bedeutend vorgeschritten, ein Viertheil des obern, über die Querlatte hervorragenden Theiles war gänzlich abgefahren und Reklamationen, die deßwegen angebracht worden waren, haben höhern Orts keine Berücksichtigung gefunden.

Am genannten 10. Juli nahm man zuerst einen regelrechten, sogenannten Ohrentritt, allein derselbe fiel bald herunter, weil er für den Tößthalbahnwagen nicht paßte. Diese Wagen sind nämlich erheblich höher als diejenigen der Vereinigten Schweizerbahnen und überragen deßhalb ihre Boden diejenigen der Rampen auf dem Gebiet der V. S. B., weßhalb die Tritte zu kurz sind. Aus diesem Grunde scheint man auch die erwähnten Ersatzbretter angefertigt zu haben. Zu einem solchen nahm man nun seine Zuflucht als der Ohrentritt hinunterfiel und die Folge davon war ein Unfall. Denn als der Eingangs genannte Weichenwärter den mit einer schweren Kiste beladenen Karren über das Brett zog, rutschte dasselbe ab dem Wagen, der Karren fiel hinunter und den Weichenwärter, der soeben mit einem Fuß den Wagen betreten hatte, schlug es an den Wagenthürpfosten. Die Folge war eine Verstreckung der Muskeln in der Gegend des linken Hüftgelenkes; der Verletzte trat in ärztliche Behandlung, sein Zustand wurde aber immer schlimmer; am 6. März 1889 stand fest, daß er auch leichtere Arbeit bei der Bahn nicht mehr verrichten konnte und er wurde deßhalb entlassen, machte nun aber seine Ansprüche aus der Eisenbahnhaftpflicht geltend. Er verlangte 10,000 Fr. Die Bahn stellte die Einrede des Selbstverschuldens und bestritt die vom Kläger behauptete gänzliche Arbeitsunfähigkeit. Der als Gerichtsexperte zugezogene Professor Dr. Eichhorst erstattete sein Gutachten dahin, daß der Kläger an einer sehr schweren und nach menschlichem Ermeßen unheilbaren Nervenkrankheit leide, welche den Namen Schüttellähmung führe, daß diese Krankheit mit dem Unfall vom 10. Juli 1888 zusammenhänge und durch denselben bedingt sei und daß dieselbe den Kläger nicht nur *zur Zeit* arbeitsunfähig mache, sondern dessen Zustand sich voraussichtlich allmälig noch mehr verschlimmern werde. Aus den Zeugenaussagen mögen hier noch folgende Stellen erwähnt werden. Der Stationsvorstand meinte: „Es kann sein, daß man pressiren mußte, um rechtzeitig zum Nachtessen zu kommen.“ Ein Angestellter, der ebenfalls am Umladen theilnahm, äußerte: „Man war pressant, weil man viele Waaren hatte und immer bereit sein mußte“ und ein anderer Angestellter deponirte: „Es wird immer getrieben, man hat zu wenig Leute“.

Das Bezirksgericht Zürich verurtheilte die Vereinigten Schweizerbahnen zur Bezahlung von 6000 Fr. an den Kläger, wies dagegen die Klage mit Bezug auf den Mehrbetrag ab, davon ausgehend:

1. daß der Unfall, welcher den Kläger betroffen habe, nicht „beim Betriebe der Eisenbahn“ im Sinne von Art. 2 des Haftpflichtgesetzes vom 1. Juli 1875 erfolgt sei und deßhalb die Klage nicht auf dieses Gesetz gestützt werden könne;
2. daß dagegen die beklagte Gesellschaft gemäß Art. 4 des Ergänzungsgesetzes vom 26. April 1887 nach Maßgabe des *Fabrik*haftpflichtgesetzes vom 25. Juni 1881 für die Folgen des Unfalls verantwortlich gemacht werden könne;
3. daß, da der für das Selbstverschulden des Klägers angetragene Beweis in allen Richtungen mißlungen sei, die Haftpflicht auf Grund von Art. 2 des letztgenannten Gesetzes ausgesprochen werden müsse, — und
4. daß nach Art. 6, Schlußsatz des nämlichen Gesetzes dem Kläger höchstens 6000 Fr. Schadenersatz zugesprochen werden können und da nun der ihm aus dem Unfall entstandene Schaden unzweifelhaft mindestens diesen Betrage erreiche, einfach auf Zusprechung dieser Summe zu erkennen sei ohne weitere Untersuchung der Frage, ob der Schaden in Wirklichkeit nicht mehr betrage.

Die Beklagte begnügte sich mit diesem Urtheil. Der Kläger aber appellirte und verlangte zweitinstanzlich Zusprechung der vollen Klagesumme von 10,000 Fr., weil nicht das Fabrik-, sondern das Eisenbahnhaftpflichtgesetz zur Anwendung komme und nach diesem der volle Schaden, der mit 10,000 Fr. nicht zu hoch berechnet sei, ersetzt werden müsse. *Er siegte ob. Das Obergericht erkannte voll und ganz gemäss seinem Antrage.*

Gründe:

1. Der Ansicht der ersten Instanz, daß die in ihren Folgen schwere Verletzung, welche

der Kläger am 10. Juli 1888 erlitt, nicht beim Betriebe einer Eisenbahn stattgefunden habe und daher nicht unter Art. 2 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes falle, findet ihre Hauptstütze in dem Kreisschreiben des Bundesrathes vom 8. Dezember 1887, wo jedes Auf- und Abladen von Frachtgütern kurzweg als eine Hülfsarbeit bezeichnet wird, welche nicht der Haftpflicht des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes unterstehe, sowie in dem Werke Zeerleders über die schweizerische Haftpflichtgesetzgebung, wo auf Seite 35 das gleiche gesagt ist. Begründet wird diese Ansicht damit, daß diese Funktionen auch beim Eisenbahnbetrieb keine über das gewöhnliche Maß hinausgehende Gefährlichkeit darbieten.

2. Nun hat aber die Praxis des deutschen Reichtsgerichts schon längst im Gegensatze zu dieser Ansicht festgesetellt, daß der Eisenbahnbetrieb allerdings insofern die Gefährlichkeit auch dieser Funktionen über das gewöhnliche Maß hinaus vermehre als er unter Umständen erfordere, daß dieselben mit größerer Eile vorgenommen werden müssen als in andern Geschäften und daß dieser Umstand die Haftpflicht aus dem Eisenbahnhaftpflichtgesetze bedinge (vergleiche Entscheidungen des Reichsgerichtes in Civilsachen Bd. III pag. 20, Bd. VI pag. 37 und Eger, Eisenbahnrechtliche Entscheidungen Bd. IV pag. 445 und Bd. VI pag. 57). Auch hat es in dem in Bd. VI der Enscheidungen enthaltenen Urtheile den Satz ausgesprochen, daß unter den dem Eisenbahnbetriebe eigenthümlichen Gefahren keineswegs bloß solche zu verstehen seien, welche dem Eisenbahnbetriebe *ausschliesslich* eigen seien, sondern daß das Gesetz nur diejenigen Theile des Betriebes, bei denen solche Gefahren *völlig* mangeln, nicht zum haftpflichtigen Betriebe rechne, was beim Aus- und Einladen in einen auf einer Zwischenstation haltenden Zug, um welchen Fall es sich dort handelte, nicht zutreffe.

3. Stellt man auf diese Praejudizien ab, so muß man auch die Verletzung des Klägers als eine solche erklären, welche beim Betriebe der Eisenbahn erfolgt ist; denn es läßt sich ein Kausalzusammenhang des Einladens der Kiste in den noch am gleichen Abend abgehenden Güterwagen mit dem eigentlichen Eisenbahnbetrieb nicht verkennen. Zwar ist nicht konstatirt, daß wegen sofortiger Abfahrt des fraglichen Wagens eine besondere Eile nöthig gewesen wäre; allein es steht doch fest, daß der Eisenbahnbetrieb, wie er damals auf der Station Wetzikon stattfand, mit Rücksicht auf die geringe Zahl der Angestellten und den momentan starken Verkehr eine außergewöhnliche Eile erforderte. Zudem war der Kläger Weichenwärter und als solcher von dem Eisenbahnbetriebe im engsten Sinne in erster Linie in Anspruch genommen und es besteht kein Zweifel darüber, daß er glaubte, um seinen Dienst in allen Richtungen versehen zu können, zu besonderer Eile beim Aufladen der fraglichen Kiste verpflichtet zu sein. Diese besondere Eile ist daher allerdings eine Folge des eigentlichen Eisenbahnbetriebs und daß gerade diese Eile im Vereine mit dem Verschulden der Beklagten, welches darin bestand, daß trotz Reklamationen keine passenden Einladbretter beschafft wurden, den Unfall verschuldet hat, kann ebenfalls keinem Zweifel unterliegen.

4. Was das Quantitativ der geltend gemachten Forderung anbetrifft, so erscheint der Betrag von 10,000 Franken den Verhältnissen angemessen. Es ist nämlich heute nicht mehr bestritten, daß der durchschnittliche Jahresverdienst des Klägers 1200 Fr. betrug und durch das Gutachen von Professor Eichhorst ist festgestellt, daß derselbe seine Arbeitsfähigkeit fast vollständig verloren hat. Ebenso rechtfertigt es sich, den Vorbehalt von Artikel 6 Absatz 2 des Gesetzes zu Gunsten des Klägers ins Urtheil aufzunehmen.

Kauf und Rückverkauf

mit Eigenthumsvorbehalt der Rückverkäufer bis zur Zahlung des Preises als Deckungsgeschäft, abgeschlossen zwischen einem Konkursiten und einzelnen Gläubigern desselben behufs Erwirkung der Zustimmung der letztern zur Konkursaufhebung.

Tradition durch Stellvertretung des Veräußerers (Art. 202 des O.-R.). Der Rückverkauf mit Eigenthumsvorbehalt als besonderes Rechtsverhältniß im Sinne dieser Gesetzesstelle.

Vertragsanfechtung wegen angeblicher Dispositionsunfähigkeit des Veräußerers (§ 1099 d. P. G.-B.) und wegen Simulation und Fiction.

Obergericht Zürich, Appellationskammer, 26. Oktober 1889.

Der Mechaniker Heinrich Kindlimann im Tobel-Wald schuldete der Leihbank Rapperswyl 4000 Fr. aus Darlehen, für welche außerdem noch 3 Bürgen und Selbstzahler hafteten. Er gerieth in Konkurs, suchte dann aber die Wiederaufhebung desselben durch Zustimmung sämmtlicher Gläubiger zu erwirken und dieß gelang ihm auch. Natürlich gab aber die Leihbank Rapperswyl ihre Zustimmung nur mit Einwilligung der Bürgen und diese Einwilligung war nur zu erreichen durch den Abschluß des nachfolgenden, am 23. August 1888 zwischen Kindlimann und den Bürgen zu Stande gekommenen Vertrages:

1) Kindlimann tritt den Bürgen seine sämmtlichen Werkzeugmaschinen, Schlosser- und Dreherwerkzeug etc., wie Alles unter den Nummern 1—66, 68—97 und 104—106 des Auffallsinventars verzeichnet ist, zu Eigenthum ab.

2) Als Kaufpreis übernehmen die Bürgen die verbürgte Darlehensforderung von 4000 Fr. zu Gunsten der Leihbank Rapperswyl auf eigene Rechnung.

3) Dieselben sind verpflichtet, sämmtliche Kaufgegenstände dem Kindlimann zur Ausübung seines Berufes miethweise zu überlassen, so lange derselbe die unter Zif. 5 umschriebenen Verbindlichkeiten regelmäßig erfüllt.

4) Dem Kindlimann steht ein Rückkaufsrecht bezüglich aller Gegenstände zum nämlichen Preis von 4000 Fr. zu.

5) Derselbe hat als Miethzins denjenigen Betrag zu bezahlen, welcher nöthig ist, um den jeweilen restirenden Kaufpreis von 4000 Frkn. à 5 % zu verzinsen, der Kaufpreis selbst aber ist zu entrichten wie folgt:

auf 1. August

1889	5 %	von Fr.	4000. —	=	Fr.	200. —
1890	10 %	„	„ 3800. —	=	„	380. —
1891	10 %	„	„ 3420. —	=	„	342. —
1892	15 %	„	„ 3078. —	=	„	461. 70
1893	15 %	„	„ 2616. 30	=	„	392. 45
1894	15 %	„	„ 2223. 85	=	„	333. 55
1895	20 %	„	„ 1890. 30	=	„	378. 30
1896	25 %	„	„ 1512. —	=	„	378. —
1897	50 %	„	„ 1134. —	=	„	567. —
1898	den Rest mit				„	567. —

6) Die Kaufsobjekte bleiben sammt und sonders Eigenthum der Bürgen bis alle diese Beträge bezahlt sind.

7) Sollte Kindlimann mit einer Zahlung länger als 3 Monate im Verzug sein, so sind die Eigenthümer berechtigt, die Kaufsobjekte ohne Weiters an sich zu ziehen und davon so viele amtlich versteigern zu lassen, als zur gänzlichen Bezahlung der Kaufsumme sammt den Zinsen nöthig sein wird. Die übrigen Gegenstände müssen alsdann dem Kindlimann zu Eigenthum abgetreten werden.

Im Februar 1889 wurde Kindlimann von einem Dritten betrieben und diese Betreibung hatte die Einpfändung einer Anzahl der genannten Gegenstände zur Folge. Die Käufer vindicirten gegenüber dem Pfandgläubiger, dieser bestritt aber die Vindication und es kam zum Prozeß. Die Klage wurde gutgeheißen.

Gründe:

1. Der Beklagte ficht den Kaufvertrag, auf den die Vindikation gestützt wird, als nichtig an, weil Kindlimann zur Zeit seines Abschlusses mit Rücksicht auf den damals noch pendent gewesenen Konkurs bezüglich seines ganzen Vermögens dispositionsunfähig gewesen sei (§ 1099 des P. G.-B. und § 36 des Konkursgesetzes). Allein der Einwand ist nicht stichhaltig. Denn jene Dispositionsunfähigkeit bestand nur in dem Sinne, daß

Kindlimann keine *für die Konkursmasse* rechtsgültigen Veräußerungsgeschäfte abschließen konnte. Dagegen konnte er unzweifelhaft ein solches Geschäft eingehen auf den Fall der Konkursaufhebung und in diesem Sinne allein ist der Vertrag auch abgeschlossen worden. Es handelte sich also beim Vertragsabschluß überall nicht darum, der Konkursmaße, auf welche das Verfügungsrecht für die Dauer des formellen Konkurses übergegangen war, etwas zu entziehen, sondern darum, durch ein bedingtes Veräußerungsgeschäft die Konkursaufhebung zu bewirken. Die Bedingung war gerade die Ermöglichung der Konkursaufhebung und da dieselbe eingetreten ist, so muß das Geschäft auch anerkannt werden. Die Zustimmung der Gläubiger zur Konkursaufhebung ist gewöhnlich gar nicht anders erhältlich als durch gewisse Deckungszusicherungen seitens des Cridars für den Accomodemmentsbetrag und das Gesetz schützt solche Geschäfte sogar ausdrücklich dadurch, daß es dem Gemeinschuldner in § 1100 gestattet, mit den Gläubigern bezüglich eines Nachlaßvertrages zu unterhandeln, in der Meinung, daß wenn derselbe zu Stande kommt, das Konkursverfahren aufgehoben wird.

2. Inhaltlich enthält der Vertrag vom 23. August 1888 zwei Rechtsgeschäfte. Es kauften damit die Kläger von Kindlimann Fahrhaben, welche laut Konkursprotokoll einen Werth von etwa 1200 Fr. besaßen, um 4000 Frkn. und zwar behufs Deckung ihrer eventuellen Forderungsansprüche. Gleichzeitig kaufte Kindlimann dieselben Objekte wiederum um den Kaufpreis von 4000 Fr., zahlbar in verschiedenen genau festgesetzten Raten, zurück, aber unter dem Vorbehalt des Eigenthums der Kläger bis zur Abzahlung des Kaufpreises. Dagegen kann von einem Miethvertrage zwischen den Kontrahenten mit Recht nicht gesprochen werden; denn was in dem Vertrage als Miethzins bezeichnet wird, ist nichts Anderes als der Zins des kreditirten Kaufpreises. Die Tradition ist ohne Aenderung des Gewahrsams mittelst Stellvertretung des Veräußerers erfolgt (Art. 202 des O.-R.); denn das besondere Rechtsgeschäft, in Folge dessen die Gegenstände im Gewahrsam des Veräußerers Kindlimann zurückgeblieben sind, ist der unter Eigenthumsvorbehalt der Kläger an den letztern erfolgte Rückverkauf und es ist diese Traditionsart auch dem Beklagten gegenüber wirksam, weil nach den Verumständungen des Falles weder ihm noch andern Gläubiger gegenüber eine Benachtheiligungsabsicht obgewaltet haben kann.

3. Der Vertrag ist unzweifelhaft ein durchaus ernstgemeintes Deckungsgeschäft und gerade seine Eigenthümlichkeiten zeigen deutlich, daß die Kläger unter Berücksichtigung der Verhältnisse des Falles damit sich zu decken suchten so gut es eben möglich war. An eine Pfandbestellung dachten sie durchaus nicht, sondern sie wollten sicherlich gerade das, was sie deutlich genug erklärt haben, einen Kauf mit Rückverkauf unter Eigenthmsvorbehalt. Die Einrede der Simulation ist also grundlos und völlig verkehrt die Meinung, welche glaubt, es enthalte die Feststellung eines Geschäftes als Deckungsgeschäft immer auch zugleich die Feststellung, daß der wirkliche Wille nur auf Pfandbestellung gegangen sei. Noch unhaltbarer ist die Einrede der *Fiction*; denn es lag für die Kläger nicht der mindeste Grund vor, sich die ausdrücklich festgesetzten Rechte nur zum Schein, d. h. ohne die Absicht, dieselben geltend zu machen, sondern lediglich zu dem Zwecke zu stipuliren, den Kindlimann dadurch zu befähigen, die fraglichen Activen seinen übrigen Kreditoren zu entziehen.

Anderweitige Entscheidungen
der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes.

Art. 59 der Bundesverfassung
(der Schutz des Schuldners beim Gerichte seines Wohnortes).

Derselbe bezieht sich nur auf den interkantonalen Rechtsverkehr und kann folglich nur angerufen werden, wenn der Schuldner vor dem Gerichte eines *fremden* Kantons belangt wird, nicht aber wenn er vor irgend

einem anderweitigen Gerichte seines *Wohnsitz*kantons als demjenigen seines Wohnortes ins Recht gerufen wird.

Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung (§ 216 des Rechtspflegegesetzes) bei Klagen aus Schädigung durch Thiere (Art. 65 der Obligationenrechtes).

Eduard Hartmann in Uster klagte beim *dortigen* Bezirksgericht (Uster) gegen den im Aathal-Wetzikon (Bezirk *Hinweil*) wohnhaften Rudolf Senn eine Schadenersatzforderung von 400 Frkn. ein, welche einen ihm durch den Hund des Beklagten *in Uster* zugefügten Schaden beschlägt. Der Beklagte stellte unter Berufung auf den Art. 59 der B.-V. die Inkompetenzeinrede und siegte erstinstanzlich ob. Allein auf erhobene Beschwerde hin hat die Appellationskammer des Obergerichtes die Einrede als unbegründet erklärt und demnach das Bezirksgericht Uster angewiesen, den Prozeß an Hand zu behalten und zu entscheiden.

Gründe:

Nach der feststehenden und innerlich durchaus begründeten Praxis des Bundesgerichtes findet die Vorschrift des Art. 59 der Bundesverfassung, wonach jeder in der Schweiz wohnende aufrechtstehende Schuldner für persönliche Ansprachen vor dem Richter seines Wohnortes gesucht werden muß, nur Anwendung im interkantonalen Rechtsverkehr, kann dagegen nicht angerufen werden, wenn Gerichtsstände des gleichen Kantons unter sich collidiren. (Blumer-Morel. Schweiz. Bundes-Staatsrecht I S. 417.) Dieß ist auch vom dießseitigen Gerichte, wie gerade das von der ersten Instanz citirte Präjudiz R.-B. 82 No. 47 zeigt, immer festgehalten worden und es kann daher nichts darauf ankommen, daß die Bundesbehörden bei interkantonalen Konfliktsfällen allerdings bestrebt sind, gegenüber allfälligen Ausnahmegerichtsständen wo möglich der Regel des citirten Art. 59 der B.-V. Geltung zu verschaffen. Wenn aber lediglich die Vorschriften des Zürcher Prozeßrechtes zur Anwendung kommen, so ist für die vorliegende Klage der § 216 des Gesetzes betr. die Rechtspflege entscheidend, wonach Ansprüche aus Vergehen und unerlaubten Handlungen da, wo diese begangen worden sind, selbständig eingeklagt werden können. Die vom Rekurrenten angehobene Klage ist gerichtet gegen den Beklagten als Besitzer eines Thieres, welches ihm Schaden zugefügt hat. Bezüglich dieser Klage hätten allerdings, wenn sie auf § 1877 des frühern privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zürich hätte gestützt werden müssen, zwar nicht wegen des hier vorausgesetzten Thatbestandes, wohl aber wegen des Auseinanderhaltens der „Forderungen aus unerlaubten Handlungen“ und der „Entschädigungsforderungen ohne persönliches Verschulden“ Zweifel darüber erhoben werden können, ob nach dem Gesetze für dieselbe wirklich der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung geltend gemacht werden könne; denn die Forderung aus Beschädigung durch Thiere war in demselben nicht unter den erstern, sondern unter den letztern aufgeführt, d. h. unter den Entschädigungsforderungen ohne persönliches Verschulden. Allein gegenwärtig muß eine derartige Klage auf den Art. 65 des O.-R. gestützt werden, welche Gesetzesstelle der Kläger in der That auch anruft; durch dieses Gesetz aber ist jener Zweifel durchaus beseitigt, denn der Art. 65 steht unter dem Titel II „Unerlaubte Handlungen“. Die Einwendung des Rekursgegners, er werde lediglich als Besitzer des schädigenden Thieres belangt und es handle sich dabei gar nicht um eine Handlung, noch viel weniger um eine unerlaubte Handlung auf seiner Seite, ist nicht stichhaltig. Denn nach der Fassung des Art. 65, wie übrigens auch schon nach derjenigen des frühern § 1877 ist das Fundament dieser Klage einerseits die durch das Thier verursachte und vom Kläger zu beweisende Schädigung, anderseits der nicht weiter zu beweisende, sondern vermöge einer gesetzlichen Präsumtion bereits als vorhanden anzunehmende Mangel an der erforderlichen Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung des Thieres, also in der That, wenn auch nicht eine unerlaubte positive Handlung, doch ein unerlaubtes Verhalten des Beklagten, welches aber nach der Titelüberschrift den unerlaubten Handlungen gleichgestellt ist.

Nun ist aber im Weitern, wie nicht bestritten wird, sowohl die Schädigung als auch das unerlaubte Verhalten des Beklagten in Uster vorgefallen und kann somit der Kläger gemäß § 216 des Gesetzes betr. die Rechtspflege mit vollem Rechte das Bezirksgericht Uster anrufen. (29. Oktober 1889).

Art. 56 des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe.

Authentische Erklärungen über die Anerkennung eines hierorts erlassenen Scheidungsurtheils in einem fremden Staate können jedenfalls nur von einem Beamten *dieses* Staates und folglich nicht von einem daselbst accreditirten schweizerischen Consul gegeben werden. Voraussetzungen für die Beweiskraft einer solchen Erklärung. Dieselbe muß darthun, daß die Anerkennung aus der Gesetzgebung oder Gerichtspraxis des fremden Staates mit Sicherheit folge.

Der Bäcker Ferdinand Friedrich Töttcher, Bürger von St. Louis (Vereinigte Staaten von Nordamerika), der sich im Jahre 1886 in Riesbach mit seiner jetzigen Frau, Martha geb. Keller verehelicht hatte und sich gegenwärtig in Außersihl aufhält, reichte beim Bezirksgericht Zürich Scheidungsklage ein und legte, um gemäß der Vorschrift des Art. 56 des Bundesgesetzes betr. Civilstand und Ehe den Nachweis zu leisten, daß der Staat, welchem die Eheleute angehören, das hier zu erlassende Urtheil anerkenne, eine Erklärung des schweizerischen Konsuls in St. Louis, F. Buff vom 13. August 1889 des Inhalts ein, daß nach dortigen Gesetzen und von dortigen Gerichten eine Erklärung des genannten Inhalts nicht erhältlich sei; wenn aber der Kläger auf stichhaltige Gründe hin geschieden werde, so kümmere sich dort Niemand darum und könne er gestützt auf ein offizielles Scheidungsdekret ohne Bedenken dort eine neue Ehe eingehen. Das Bezirksgericht fand diese Erklärung nicht für genügend und verweigerte deßhalb die Anhandnahme der Scheidungsklage *und diese Schlussnahme ist zweitinstanzlich bestätigt worden.*

Gründe:

Allerdings ist nach der Praxis des Bundesgerichtes für den bezeichneten Nachweis nicht unbedingt eine Erklärung der betreffenden Staatsregierung nothwendig, sondern es genügt, wenn aus der Gesetzgebung oder der Gerichtspraxis des auswärtigen Staates dargethan wird, daß die von einem Gerichte des Wohnortes der Ehegatten ausgesprochene Scheidung daselbst anerkannt wird (B. E. II S. 333 und V S. 264). Im vorliegenden Falle wird nun, was zunächst das bezeichnete Requisit selbst anbetrifft, ein Beweis für den Inhalt der bestehenden Gesetzgebung in Nordamerika überall nicht zu führen gesucht, sondern lediglich auf die Praxis abgestellt. Allein in der Erklärung des Consuls Buff ist nicht etwa von einer Praxis der Gerichte die Rede, auf welche einzig abgestellt werden könnte, sondern offenbar nur von derjenigen der Civilstandsämter, welche, wenn ihnen ein Scheidungsurtheil vorgewiesen werden könne, ohne Bedenken einen geschiedenen Ehegatten weiter trauen. Die Bedenken, welche das Bezirksgericht dem Inhalte dieser Erklärung entgegenhält, sind daher vollkommen begründet. Offenbar lediglich aus diesem Grunde, weil der Inhalt der Erklärung nicht genügt, läßt das Bezirksgericht die Frage unerörtert, ob der schweizerische Consul in St. Louis die richtige Auskunftsperson für diese Frage sei und es geschieht daher durchaus mit Unrecht, wenn der Rekurrent annimmt, das Bezirksgericht habe diese Frage ohne Weiteres bejahen wollen. In der That wäre das auch nicht richtig. Die Stellung der Schweizer Consule im Auslande ist durch das Reglement vom 25. Mai 1875 (Amtl. Sammlung der Bundesgesetze N. F. I S. 528) geregelt. Nach diesem liegt denselben in der Hauptsache die Wahrnehmung der schweizerischen Interessen im Auslande ob und kommen ihnen bestimmt umschriebene Befugnisse zu, speziell zum Schutze der im Auslande lebenden Schweizer (vergl. auch Blumer-Morel, Schweiz. Staatsrecht III S. 124). Daß dieselben aber auch, wie es im vorliegenden Falle geschehen würde, die Interessen von nordamerikanischen Bürgern, welche in der Schweiz wohnen, zu schützen hätten, davon ist keine Rede. Ebenso-

wenig kann es aber auch ihre Sache sein, über die in ihrem Konsularbezirke bestehende Gesetzgebung oder Gerichtspraxis Zeugnisse auszustellen, welche für einen concreten Fall als authentische Erklärungen gelten dürften. Solche Erklärungen können nur gegeben werden von einem Beamten desjenigen Staates, um dessen Gesetzgebung oder Gerichtspraxis es sich handelt, also z. B. im vorliegenden Falle von der nordamerikanischen Gesandtschaft bei der Schweiz. Denn wenn es überhaupt zulässig ist, den Art. 56 des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe in dem Sinne anzuwenden, daß zwar nicht eine förmliche Verpflichtung der auswärtigen Regierung, daß diese ein bestimmtes Urtheil oder überhaupt alle Urtheile ähnlicher Art anerkennen werde, gefordert werden darf, sondern daß man sich mit dem Nachweis derjenigen Voraussetzungen begnügen soll, welche denselben Erfolg nothwendig herbeiführen müssen, so ist es doch wohl selbstverständlich, daß im Sinne des citirten Art. 56 auch das Vorhandensein dieser Voraussetzungen in einer Weise bescheinigt werden muß, welche einer bezüglichen Erklärung den Charakter einer verbindlichen Zusicherung wenigstens dieses Thatbestandes verleiht. Uebrigens wird bezüglich der materiellen Erfordernisse eines Nachweises im Sinne des citirten Art. 56 verwiesen auf den Entscheid des Bundesgerichtes i. S. Eheleute Bachmann, abgedruckt in Blätter für H. E. V S. 330 u. f. (19. Oktober 1889.)

Sicherstellung der Verlassenschaft.

Gesuch um Bewilligung des öffentlichen Inventars als Mittel zur Aufsuchung neuer, bisher nicht bekannter Aktiven. Abweisung desselben als im Gesetze nicht begründet.

Ein am 16. April 1889 verstorbener Erblasser hinterließ neben der Wittwe als gesetzliche Erben zwei Söhne und eine Tochter. Der Nachlaß wurde von den Waisenbehörden inventarisirt und daraufhin von den beiden Söhnen ausdrücklich angetreten. Unter der Behauptung, das waisenamtliche Inventar gebe keinen Aufschluß über noch weitere Aktiven des Nachlasses im Betrage von ca. 82,000 Fr., stellte unterm 17. September 1889 die Tochter das Begehren um Aufnahme eines öffentlichen Inventars über den Nachlaß mit dem ausdrücklichen Bemerken, es geschehe das nicht etwa mit Rücksicht auf die Deliberationsfrist, sondern einzig und allein, um den Nachlaß im Verhältniß der Erben unter sich festzustellen. Das Bezirksgericht entsprach dem Gesuch und beauftragte die Notariatskanzlei, nach Vertröstung der Kosten ein öffentliches Inventar aufzunehmen. Darüber beschwerten sich die beiden Brüder der Gesuchstellerin. Sie beantragten, das Gesuch wegen Verspätung abzuweisen und eventuell die Kosten der Inventaraufnahme der Petentin allein aufzulegen. *Die Beschwerde wurde gutgeheissen und das Gesuch um Bewilligung des öffentlichen Inventars als unstatthaft abgewiesen.*

Gründe:

Da es der Petentin weder darum zu thun ist, den Bestand des Nachlasses mit Rücksicht auf die Passiven genauer festzustellen als das bereits durch das waisenamtliche Inventar geschehen ist, noch viel weniger Restitution zu begehren in die längst abgelaufene Deliberationfrist, um den Nachlaß nachträglich ausschlagen zu können, so hat man es im vorliegenden Falle offenbar nicht mit der Bewilligung der Rechtswohlthat eines öffentlichen Inventars zu thun und kommt daher die Frage, ob das bezügliche Begehren mit Rücksicht auf die Bestimmungen der §§ 932 und 933 als verspätet abzuweisen sei, überall nicht zur Erörterung.

Das Gesuch kann vielmehr lediglich aufgefaßt werden als Begehren um Sicherstellung der Verlassenschaft im Sinne der §§ 922 bis 927 des P. G.-B., welches Recht jedem Erben ohne Weiters zusteht und an keine Frist gebunden ist (Schneider, Kommentar zu § 925 Zif. 2). Dabei hat die Petentin aber offenbar nicht sowohl die Sicherung der bereits bekannten und *vorhandenen* Aktiven im Auge, welcher Zweck am wirksamsten durch die Siegelung des Nachlasses erreicht würde, als vielmehr das Aufsuchen *neuer*, bisher nicht bekannter Aktiven und es kann nicht geleugnet werden, daß die Aufnahme eines öffent-

n Inventars, welches eine Aufforderung lle Erbschaftsschuldner, ihre Verbindlichn bei Vermeidung von Strafe anzumelerfordert, als ein hiefür taugliches Mittel ıeinen kann und daß daher das Begehren s öffentlichen Inventars den Zweck und rakter einer Maßregel zur Sicherung der assenschaft wenigstens in diesem letztern iterten Sinne haben könnte. Allein das etz läßt den Berechtigten nicht einfach Wahl unter allen als tauglich erscheinen- Mitteln und es kennt überhaupt auch Recht auf gerichtliche Mithülfe zur Aufhung von neuen Aktiven nicht, sondern beschränkt die gesetzlich zulässigen Maßeln auf die Sicherung der vorhandenen iven und kennt als solche Mittel nur die gelung in Verbindung mit einem amtlichen entar und nöthigenfalls die amtliche Güterwaltung (§ 925—927); dagegen ist unter sen Sicherungsmitteln die Aufnahme eines entlichen Inventars nicht erwähnt, insbendere darf das in § 926 für alle Fälle der egelung als begleitende Maßregel vorgeschriene amtliche Inventar, welches offenbar nur e Aufstellung eines genauen Verzeichnisses er das Vorhandene bezweckt, nicht mit m besondern Institut der öffentlichen Inntaraufnahme verwechselt werden.

Das von der Rekursgegnerin gestellte Behren erscheint also als ein im Gesetze nicht egründetes und es braucht daher auf die rage, wem die Kosten der verlangten Maßegel aufzulegen seien, nicht eingetreten zu rerden. (2. November 1889).

Literarisches.

J. Heuberger. Die Sachmiethe nach dem Schweizerischen Obligationenrechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechtes und des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Zürich. Verlag von Orell Füssli & Cie. 1889. Preis 5 Mark.

In einer 228 Druckseiten umfassenden Abhandlung entwickelt der Verfasser in wohlgeordneter systematischer Darstellung den Begriff der Miethe im Allgemeinen, speziell im Unterschiede zum Kauf, den Begriff der Sachmiethe im Besondern und sodann die ganze Lehre der letztern nach dem Schweizerischen Obligationenrecht mit Berücksichtigung des gemeinen Rechtes und des Entwurfes zu einem bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich. Von der Betrachtung ausgehend, daß kein Gesetzgeber im Stande ist, ein so vollkommenes Gesetz zu erlassen, daß durch dessen Bestimmungen alle je im Verkehr und Leben zur Erscheinung kommenden Rechtsverhältnisse *unmittelbar* geregelt werden und daß es demnach, um den Sinn und Geist eines Gesetzes richtig, gründlich, in erschöpfender und umfassender Weise zu verstehen, unerläßlich ist, die Gesetzes- und Rechtsanalogie herbeizuziehen, ist es immer zu begrüßen, wenn ein Theil unseres Rechtes, namentlich aber des so wichtigen, in der ganzen Schweiz geltenden Obligationenrechtes von berufener Seite unter Zuhülfenahme der gemeinrechtlichen und der Bestimmungen verwandter Gesetze in möglichst vollständiger und erschöpfender Weise darzustellen unternommen wird und so haben wir denn auch alle Ursache, die vorliegende literarische Erscheinung, deren Urheber uns bereits in vortheilhaftestem Lichte bekannt ist, günstig aufzunehmen. Wir können auch auf Grund der, wenn gleich mehr nur allgemeinen Durchsicht des Werkes ganz ruhig die Ueberzeugung aussprechen, daß sowohl derjenige, welcher der Erläuterung unserer Gesetzesparagraphen über die Sachmiethe bedarf als derjenige, welcher über jene große Reihe von Fragen Auskunft haben will, die im Gesetze nicht *direkt* beantwortet sind, sondern auf dem Wege der Schlußfolgerung aus *grundsätzlichen* Bestimmungen und mit Zuhülfenahme der Rechts- und Gesetzesanalogie gelöst werden müssen, in dem empfohlenen Buche die gewünschte Aufklärung finden wird. Wir verweisen z. B. auf die Ausführungen: „Ueber die Wahrung, den Ausschluß und die Verwirkung der Rechte des Miethers wegen der Mängel der Miethsache.“ Unser Gesetz enthält keine speziellen Vorschriften darüber, wie die

Rechte des Miethers wegen Mängel der Sache gewahrt, ausgeschlossen oder verwirkt werden und es untersucht daher der Verfasser die Frage, wie dasselbe diese Verhältnisse und Beziehungen geordnet wissen wolle, wobei er zu dem Schlusse gelangt, daß darüber nach der muthmaßlichen Meinung des Gesetzgebers mit Rücksicht auf die Gleichheit der Sach- und Rechtslage die nämlichen Bestimmungen maßgebend sein sollen, welche das Gesetz darüber in seinen Vorschriften über die Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache enthält. Es müßten also hienach z. B. die Art. 244, 245, 246 und 247 auch auf die Miethe entsprechende Anwendung finden. Der Art. 277 des O.-R. spricht nur von der Gewährleistungspflicht des Vermiethers für solche Mängel, welche den vertragsmäßigen Gebrauch der Sache ganz ausschließen oder wenigstens in *erheblicher* Weise schmälern und der Verfasser stellt sich daher die Frage, wie es sich mit Mängeln verhalte, welche den vertragsmäßigen Gebrauch der Sache zwar schmälern, aber dieß nicht in erheblicher Weise thun. Gewiß mit Recht gelangt er zu dem Schluße, daß der Miether in solchen Fällen zwar nicht nach dem Art. 277 vorgehen, wohl aber auf Grund von Art. 276, welcher die Verpflichtung des Vermiethers, die Sache in einem zum vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustande zu übergeben und während der Miethzeit in demselben zu erhalten, grundsätzlich und allgemein festsetzt, Erfüllung durch Beseitigung des Mangels oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung (falls der Vermiether gemäß Art. 110 nicht beweist, daß ihn kein Verschulden treffe) verlangen kann. Erheblich müssen die Mängel nur sein, um den Vertragsrücktritt und die Zinsreduktion zu begründen; um diese Rechte ins Leben treten zu lassen, genügt aber auch das bloße Vorhandensein der Mängel, *ohne Verschulden des Miethers*, beziehungsweise, soweit es sich um den Vertragsrücktritt handelt, dieses Vorhandensein in Verbindung mit dem Verzug des Vermiethers bezüglich der Beseitigung der Mängel. Ein Verschulden des *Ver*miethers ist hier nicht nöthig bezw. nur dann und nur insoweit, als sich der Miether mit den angegebenen Rechten nicht begnügt, sondern darüber hinaus noch Schadenersatz verlangt. Nicht weniger interessant und nach der Anlage des Gesetzes auch nothwendig sind die Ausführungen über die Gewährleistungspflicht des Vermiethers wegen der Rechte Dritter an der Miethsache (Art. 280 des Obl.-R.). Hier muß jede und nicht nur eine erhebliche Schmälerung des Gebrauchs der Miethsache im Sinne von Art. 277 berücksichtigt werden und haftet der Vermiether für Schadenersatz ohne den Nachweis eines ihn treffenden Verschuldens und selbst dann, wenn er im guten Glauben, daß ihm das zum Vermiethen erforderliche Recht zustehe, vermiethet hat. Wie steht es aber mit dem Schadenersatzanspruch des Miethers, wenn er beim Vertragsschluß das den vertragsmäßigen Gebrauch der Sache ausschließende oder schmälernde Recht des Dritten gekannt hat? Müssen hier die Art. 236 und 237 des O.-R. zur analogen Anwendung gelangen etc.? Diese und noch viele andere Fragen erörtert der Verfasser in durchaus klarer Weise. Aufschluß findet der Leser natürlich auch über das juristische Wesen des dem Miether zustehenden Anspruches bezw. über die Bedeutung und die Art der Durchführung des Grundsatzes: „Kauf bricht Miethe“ in unserm Obligationenrecht. Der Kündigungsanspruch des Miethers gegenüber dem neuen Erwerber, mit welchem der Vermiether keine Vereinbarung über die Fortsetzung der Miethe getroffen hat, ist einfach durch das Gesetz begründet und stützt sich überall nicht auf den Miethvertrag, inhaltlich wird er bezeichnet als der Anspruch darauf, daß der Erwerber jede, den vertragsmäßigen Gebrauch der Miethsache während der gesetzlich angenommenen Frist störende Handlung unterlasse, bezw. den vertragsmäßigen Gebrauch der Sache dulde. Dafür, daß der letztere möglich ist, hat der Vermiether zu sorgen. Nicht weniger wichtig sind die Ausführungen über die zwischen dem Vermiether und dem Erwerber der Miethsache zu Gunsten des Miethers getroffenen Vereinbarungen. Das VII. Kapitel behandelt die Verpflichtung des Miethers, die Miethsache mit der Sorgfalt eines sorgsamen Hausvaters zu gebrauchen

und die Folgen der Nichterfüllung, ferner die Verpflichtung desselben, Anzeige zu machen, wenn Ausbesserungen an der Miethsache nothwendig sind oder wenn Dritte sich an derselben Rechte anmaßen, die Untermiethe und den Zeitpunkt der Erfüllung hinsichtlich der Zinszahlung, inbegriffen die Folgen des Verzuges. Auch hier wird der Leser die gesuchte Erläuterung und Ergänzung des Gesetzestextes finden und nicht minder im VIII. Kapitel, welches vom Kündigungsrecht der Parteien bezüglich der auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Miethen, von den Kündigungsfristen, der Wiedererneuerung der Miethe durch thatsächliche Fortsetzung derselben nach ihrer Beendigung und vom Recht, die auf bestimmte Zeit geschlossene Miethe einer unbeweglichen Sache vor Ablauf der Miethzeit aus wichtigen Gründen gegen Leistung vollen Ersatzes zu kündigen. Schließlich findet auch das Retentionsrecht des Vermiethers an den vom Miether eingebrachten Sachen vollständige und erschöpfende Besprechung. Der Verfasser stellt fest, daß dasselbe ein rein gesetzliches und nicht auf einem präsumtiven Vertragswillen beruhendes Recht ist und was seine Natur betrifft, so nennt er es ein *persönliches* Recht mit den Wirkungen des Pfandrechtes, das letztere aber nur insoweit, als das Retentionsrecht dem Vermiether die Befugniß verleiht, die Veräußerung der Retentionsobjekte zum Zwecke der Befriedigung für die Miethzinsforderung nach Maßgabe der Bestimmungen des Betreibungs- und Konkursgesetzes zu bewirken. Zum Schlusse sei noch erwähnt, daß das Buch nicht nur für den Juristen, der dasselbe keinenfalls wird entbehren können, sondern durchaus *allgemein* verständlich, also auch für den Nichtjuristen geschrieben ist. An Hand des beigegebenen Sachregisters kann sich auch der letztere sofort orientiren, wo das, was er zu wissen nöthig hat, zu finden ist und wo ihn der Gesetzestext vermeintlich im Stiche läßt, wird ihm hier die Aufklärung geboten.

Der **schweizerische Juristenkalender***) (Herausgeber Fürsprech Reichel), dessen bevorstehendes Erscheinen bereits vor einiger Zeit angekündigt wurde, ist soeben ausgegeben worden und präsentirt sich als ein schmucker Band, in handlichem Format, nicht *zu* groß, um den Kalender als ständigen Begleiter mit sich zu führen und doch *so* groß, daß jede Seite genügend Raum für tägliche Notizen bietet. Besonderes Lob verdient der Einband: ihn ziert die in Gold gedruckte Figur der *Justitia*, wie sie auf dem Gerechtigkeitsbrunnen in Bern steht, in der einen Hand die Waage, in der andern das Schwert. Von dem Inhalt, der den Notizkalender gleichzeitig zu einem sehr brauchbaren Nachschlagebuch macht, nennen wir:

Verzeichniß der Mitglieder des National- und Ständerathes, des Bundesrathes und Bundesgerichtes,
die Gesandtschaften und Konsulate der Schweiz im Auslande,
die diplomatischen Vertreter des Auslandes in der Schweiz,
Verzeichniß der Mitglieder der obersten Administrativ- und Gerichtsbehörden der Kantone (Regierungsräthe und Obergerichte); Angabe der Gerichts- und Administrativbezirke der Kantone,
Verzeichniß der Mitglieder des schweizerischen Juristenvereins,
die vom schweizerischen Juristenverein gestellte Preisfrage,
Verzeichniß der juristischen Vorlesungen an den schweizerischen Universitäten und Akademien,
Gerichts- und Betreibungsferien,
Post- und Telegraphentarife,
Statistisches.

Der Kalender enthält außerdem vier Seiten Schieferpapier mit Schiefer- und Bleistift.

Ein separat gehefteter *Anhang*, der den Anfang einer *schweizerischen Gesetzsammlung in Taschenformat* bilden soll, enthält die schweizerische Bundesverfassung und *die im Jahre 1889 in Kraft getretenen Gesetze*, nämlich:

Bundesgesetz betr. Abänderung des vierten

*) Preis gebunden mit Anhang Fr. 3. --, Verlag von Schmid, Francke & Co. in Bern.

Artikels des Bundesgesetzes über die eidgen. Wahlen und Abstimmungen vom 19. Juli 1872,

Bundesgesetz betr. die gewerblichen Muster und Modelle,

Bundesgesetz betr. die Fuhrwerke der Infanterie,

Bundesgesetz betr. die Erstellung von Telegraphen- und Telephon-Linien,

Bundesbeschluß betr. Gewährung eines Rückzolles auf Zucker beim Export von kondensirter Milch,

Bundesgesetz betr. das Telephonwesen,

Bundesgesetz über die Bundesanwaltschaft,

Bundesgesetz betr. die Hülfskassen der Eisenbahn- und Dampfschiffgesellschaften,

Bundesgesetz betr. die Militärstrafgerichtsordnung,

Bundesgesetz betr. die Fischerei.

Summa Summarum, der Juristenkalender ist ein *praktisches Buch*, dessen Anschaffung wir allen *Richtern*, *Verwaltungsbeamten*, *Anwälten*, *Rechtsagenten*, *Notaren*, *Betreibungsbeamten* und *Studirenden der Rechtswissenschaft* empfehlen können.

Druck von E. Epprecht in Affoltern a. A.


Digitized by Google




Digitized by Google






Digitized by Google

